

UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA

FACULTAD DE DERECHO

LA FUNCION SOCIAL  
DE LA PROPIEDAD PRIVADA  
EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

RAFAEL COLINA GAREA

1995



**UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**LA FUNCION SOCIAL  
DE LA PROPIEDAD PRIVADA  
EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**

*RAFAEL COLINA GAREA*

1995

*A mis padres y a mi Maestro.*





## INDICE SUMARIO

ABREVIATURAS .....	V
PRELIMINAR .....	IX
CAP. 1º. LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PRIVADO .....	1
I. Los presupuestos .....	3
1. El individualismo jurídico .....	3
2. La crisis del Estado liberal de Derecho .....	19
II. El proceso de constitucionalización de las relaciones jurídico-privadas. La Constitución alemana de Weimar .....	40
III. Consecuencias de la Constitucionalización del Derecho Privado en orden al significado y alcance del Derecho Común .....	47
1. Relaciones Código Civil y Constitución .....	47
2. Del Derecho excepcional al Derecho Normal .....	61
IV. Preceptos nucleares en la constitucionalización española del Derecho Privado Patrimonial .....	79
CAP. 2º. REELABORACION DE LOS CARACTERES DEL DERECHO DE PROPIEDAD A LA LUZ DE LA DIMENSION SOCIAL INHERENTE A SU DISCIPLINA CONSTITUCIONAL .....	99
I. Del poder absoluto al poder funcional .....	103
1. La propiedad como derecho absoluto .....	103
2. La propiedad como derecho relativo y poder funcional .....	132
II. De derecho excluyente y exclusivo a derecho socialmente compartido .....	157
III. De la unidad a la pluralidad subjetiva. De la perspectiva individual a la social-colectiva .....	182



IV. De la unidad subjetiva a la pluralidad objetiva .....	195
1. Del aspecto subjetivo al condicionamiento objetivo. De la dimensión estática a la dinámica funcional .....	195
2. Del concepto unitario de propiedad privada a la diversidad de regímenes jurídicos dominicales .....	215
V. Del mantenimiento del <i>status</i> a la utilidad social .....	231
 CAP. 3º. FUNCION SOCIAL Y DERECHO SUBJETIVO DE PROPIEDAD .....	245
I. Compatibilidad entre función social y derecho subjetivo de propiedad .....	247
1. El positivismo sociológico. La propiedad función .....	251
2. La función social como un límite externo al derecho subjetivo de propiedad .....	275
3. La función social como parte integrante del contenido dominical .....	284
4. Las nuevas calificaciones técnicas de la propiedad como posición jurídica intersubjetiva .....	292
4.A. La posible calificación de la propiedad privada como derecho-deber, relación o situación jurídica compleja .....	293
4.B. La concepción de la propiedad privada como derecho subjetivo debilitado .....	298
 CAP. 4º. LA DISCIPLINA CODIFICADA DE LA PROPIEDAD PRIVADA .....	315
I. La denominada "duplicidad de caras" del régimen jurídico dominical .....	317
II. Posición en el marco jurídico actual del artículo 348 Cc. Su interpretación conforme a la Constitución .....	324
 CAP. 5º. FUNCION SOCIAL Y RESERVA DE LEY EN MATERIA DE PROPIEDAD PRIVADA .....	349
I. Operatividad de la función social del derecho de propiedad .....	351
1. La mediación legislativa como condición general de la operatividad de la función social .....	351
2. Flexibilización de la condición general: la función social como principio general en materia dominical. Su individualización frente a los Principios Generales del Derecho y los principios constitucionales .....	366
3. Presupuestos para la aplicación analógica de las normas que concretan el principio constitucional de la función social .....	379
II. Origen, evolución y sentido actual de la reserva de ley en materia dominical .....	387



III. Fundamento constitucional de la reserva de ley .....	404
IV. Rango de la reserva legislativa en materia de propiedad .....	406
V. Alcance de la reserva de ley .....	422
1. Crítica a la diferenciación reserva absoluta-relativa .....	422
2. Criterios de determinación del alcance de la reserva de ley en materia dominical .....	426
2.A. El tenor literal de los artículos 53.1 y 33.2 CE .....	427
2.B. La <i>ratio</i> de la reserva legal .....	432
2.C. Motivos técnicos y finalidades que se propone alcanzar la Constitución de 1978 en materia de propiedad privada.....	439
VI. La propiedad inmobiliaria urbana. Reserva de ley y Planeamiento Urbanístico.....	445
 CAP. 6º. LOS LIMITES A LAS INTERVENCIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE PROPIEDAD .....	465
I. La efectiva realización de las exigencias sociales de la entera colectividad como presupuesto necesario de la leyes delimitadoras del contenido del derecho de propiedad por razón de la función social .....	467
II. Las garantías constitucionales del derecho de propiedad privada .....	477
1. El valor normativo constitucional .....	482
2. La garantía institucional .....	489
2.A. Origen general y actual funcionalidad aplicable a la propiedad privada .....	489
2.B. La individualización de la garantía institucional frente al valor normativo constitucional. Posibles distinciones.....	502
3. El contenido esencial del derecho de propiedad .....	507
3.A. Breves consideraciones sobre el origen de la garantía del contenido esencial. Su diferente tratamiento en Alemania, España e Italia .....	508
3.B. Aproximación a la determinación del contenido esencial de la propiedad privada .....	517
3.B.a). La teoría de la reconocibilidad .....	526
3.B.b). La teoría de la jurisprudencia de intereses .....	532
3.B.c). Las teorías de la reconocibilidad y jurisprudencia de intereses como técnicas complementarias en la determinación del contenido esencial de la propiedad privada .....	539



3.C. La funcionalidad atribuible al contenido esencial de la propiedad privada: su concepción como límite de los límites.....	543
3.D. Sobre el carácter declarativo o constitutivo de la garantía del contenido esencial de la propiedad privada. Su individualización y diferenciación de la garantía institucional.....	554
3.E. El contenido esencial como parámetro diferenciador de las intervenciones conformadoras y expropiatorias en materia dominical. Su relación con las intervenciones generales y singulares.....	568
4. Un supuesto específico: el artículo 23 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. La función social de la propiedad privada inmobiliaria urbana y la garantía de su contenido esencial .....	575
CONCLUSIONES.....	609
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	621
ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS ESPAÑOLAS CITADAS .....	657



## ABREVIATURAS

AA.VV.	Obra colectiva.
AC.	Actualidad Civil.
ADC.	Anuario de Derecho Civil.
ADH	Anuario de Derechos Humanos.
CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil.
Cdo.	Considerando.
CE.	Constitución española de 1978.
Fto. Dcho.	Fundamento de Derecho.
Fto. Jco.	Fundamento Jurídico.
G.G.	Bonner Grundgesetz. Ley Fundamental de Bonn (23-IV-1949).
IEF.	Instituto Estudios Fiscales.
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos 83/1980 de 31 de Diciembre
LAU.	Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994 de 24 de Noviembre.
LEF.	Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1954.
LFMM	Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables de 16 de Noviembre de 1979.
LRAA	Ley de Reforma Agraria para Andalucía de 3 de Julio de 1984.
LRDA	Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de Enero de 1973.
R.A.Civ.	Repertorio Aranzadi Civil
RAP	Revista de la Administración Pública.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RDPolt.	Revista de Derecho Político.
RDU	Revista de Derecho Urbanístico.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional.
REP	Revista de Estudios Políticos
Rev. Trim. Droit. Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
Riv. Cr. Dir. Priv.	Rivista Critica di Diritto Privato.
Riv. Dir. Agr.	Rivista di Diritto Agrario.
Riv. Dir. Civ.	Rivista di Diritto Civile.
Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
RJA	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi.



STC	Sentencia Tribunal Constitucional.
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo.
TR.	Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de Junio de 1992.



**PRELIMINAR**



No resulta difícil encontrar en las distintas parcelas del Derecho la opinión de que el estudio de la función social de la propiedad privada es un tema excesivamente manido del que queda poco por decir y que se desenvuelve en un campo metajurídico estrictamente dogmático a mucha distancia de la realidad práctica.

Sin embargo, desde una simple aproximación a la doctrina y jurisprudencia existente sobre el tema se puede ya extraer la conclusión de que todavía queda mucho por escribir, precisar, aclarar, armonizar y sistematizar en torno a la función social que el derecho de propiedad ha de cumplir en su ejercicio y en orden a su más eficiente operatividad. Tal vez la causa principal del intenso debate doctrinal, en el que se exteriorizan las posturas más dispares y en donde no resulta sencillo llegar a resultados de aceptación generalizada, esté constituida, precisamente, por la indudable utilidad práctica que continúa revistiendo esta materia.

Como es sobradamente conocido, la propiedad privada ha sufrido una profunda transformación que acontece paralela a la crisis de los presupuestos dogmáticos de individualismo jurídico y al nacimiento de una nueva forma de Estado que, a su vez, trae consigo la aparición del concepto de función social. Por consiguiente, la función social no es una novedad con pocos años de vida, sino una idea ya casi secular, cuyo germen puede perfectamente hallarse en el ocaso del Siglo XIX. Por esta razón, es probable que el significado que la función social adquirió en sus iniciales y más remotas manifestaciones doctrinales (COMTE, DUGUIT) o en las Normas Fundamentales en las que este concepto toma carta de naturaleza jurídica por vez primera (WEIMAR 1918-19) resulte cuando menos distante o poco coincidente con el sentido atribuible al mismo en el contexto del Art. 33.2



CE de 1978.

Se suele señalar que gran parte de la dificultad inherente al estudio de la función social de la propiedad privada radica en el carácter interdisciplinar que reviste esta materia. Cuando, en un primer momento se me planteó la idea de dedicarme a desentrañar los problemas e incertidumbres existentes en torno a la función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978, presentía que me estaba enfrentando a una categoría jurídica en la que, con frecuencia, convergen múltiples y variadas disciplinas, no todas ellas necesariamente jurídicas. Este inicial presagio resultó confirmarse cuando, pasado el tiempo, me acerqué al fondo del iter investigador que había decidido recorrer. En este contexto, el recurso a la Teoría del Estado, al Derecho Constitucional, al Derecho Privado en general, a la Historia Económica e, incluso, a la Sociología, parecía resultar no sólo justificado, sino también necesario para obtener un cabal y ponderado conocimiento, así como una fiel imagen de lo que en el vigente ordenamiento representa la propiedad privada y la función social que constitucionalmente se asigna en su desarrollo.

Sin embargo, precisamente, el carácter interdisciplinar constituye uno de los principales atractivos que definen el reto de afrontar el estudio de la función social de la propiedad privada. La necesidad de acudir al manejo y utilización de categorías e instituciones jurídicas tradicionalmente ajenas al campo propio del Derecho Civil (y, en general, al Derecho Privado), pone de manifiesto la acentuada naturaleza propedéutica y formadora del tema elegido, porque proyectando correctamente las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que han tenido lugar en otras ramas del ordenamiento, el clásico acervo jurídico del civilista podrá verse enriquecido, enervándose también, de esta forma, el riesgo de permanecer anclados en una visión de la propiedad privada poco, o nada, concorde con la fisonomía jurídica y rasgos identificativos que en el vigente ordenamiento, presidido por la Constitución,



caracterizan a este derecho.

A esta dificultad, se añaden, con frecuencia, otros inconvenientes de no menos relevancia. La función social de la propiedad privada se halla gravada por una profunda carga ideológica que, desde su nacimiento e inicial incorporación a los textos jurídicos, condiciona en gran medida el debate y discusión doctrinal que se ha desarrollado en torno a la misma. Respecto a la función social se han pronunciado movimientos ideológicos tan diversos y divergentes como los que caracterizan a la doctrina social de la Iglesia Católica, las utópicas tendencias colectivistas propias de las fuerzas políticas de izquierda y, también, a las más conservadoras corrientes políticas que, en un constante pulso con las anteriores, se mostraban reticentes al abandono de unos esquemas jurídico-dominicales que tenían como presupuestos la libre concurrencia, así como la interdicción de la intervención estatal, sólo admisible a título excepcional como correctivo a las disfuncionalidades de un sistema autorregulado por las reglas de alto capitalismo.

Ante esta indudable carga ideológica inherente al concepto de función social, no creemos adecuado pronunciarnos sin reservas a favor de los radicalismos o extremos. Y ello no porque la opción por posiciones eclécticas permita una cierta comodidad derivada de la relativa inmunidad hacia la crítica, sino porque, a nuestro juicio, resulta la elección más congruente con el diseño del constitucional del régimen jurídico de la propiedad privada y la forma en que nuestra Norma Fundamental regula la acción del interés social en el ejercicio de las facultades dominicales.

La función social se muestra en la Constitución española de 1978 como una fórmula de compromiso. La disciplina constitucional de la propiedad privada se asienta así en un delicado equilibrio entre el interés individual y el social, en el entendimiento de que ninguno

de ellos puede desconocer o prevalecer totalmente sobre el otro. Ni siquiera en los supuestos de expropiación donde existe siempre el derecho a la indemnización. Desde esta perspectiva, de lo que hay necesidad en el momento actual es de coordinación entre la satisfacción del interés individual del propietario y la efectiva realización de las exigencias sociales de la colectividad. Bien entendido que lo que de ningún modo cabe es que se produzcan exclusiones en nombre de ninguno de ambos.

Por esta razón, deviene jurídicamente rechazable todo intento que, espoleado por concepciones ideológicas, pretenda dotar al interés social de absoluta y total preferencia frente al interés individual, y viceversa. En síntesis, los motivos ideológicos no parecen suficientes para dotar a la propiedad privada y a la función social que ésta ha de cumplir en su ejercicio de una dimensión discordante con la fisonomía constitucional de las mismas. Atrás han quedado ya los tiempos en los que se sostenía que la función social era un concepto metajurídico, fácilmente maleable, de carácter político y de complicado encuadre en los textos normativos. Resulta, por el contrario, indudable que la función social es, en la actualidad, una auténtica regla jurídica, cuyas directrices generales de actuación aparecen ya dibujadas por la Constitución, que es la Norma jurídica Suprema de nuestro ordenamiento que, como tal, vincula directamente tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos.



## **CAPITULO PRIMERO**

### **LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PRIVADO**

## I. LOS PRESUPUESTOS.

### 1. EL INDIVIDUALISMO JURIDICO.

Desde la perspectiva de la realidad actual asentada sobre los presupuestos del Estado social, consagrado en el Art. 1º CE., no es de extrañar que en nuestra Constitución haya normas de Derecho Privado que regulen las relaciones entre los particulares.<sup>1</sup>

No siempre fue así. En palabras de GALGANO, la presencia de normas de Derecho Privado en un texto constitucional es el resultado de una transformación de las Constituciones modernas, operada a través de un proceso histórico que transcurre simultáneamente a la crisis de las ideas liberales y alcanza su cenit, tras la Revolución Bolchevique de 1917, con la Constitución alemana de Weimar.<sup>2</sup>

A lo largo del período que va desde finales del Siglo XVIII hasta bien entrado el Siglo XIX, las Constituciones se habían identificado con el proceso de dismantelamiento del Estado absoluto y la edificación del Estado de Derecho.

La totalidad de las Declaraciones Fundamentales del orden liberal obedecían al

---

<sup>1</sup> GONZALEZ PORRAS, JOSE MANUEL. "La menor edad después de la Constitución y la reforma de el Cc. (Notas acerca del matrimonio de los menores y el Registro Civil)", en RDP. Mayo 1984, pag. 458. También en "Estudios sobre el matrimonio civil", Ed. Librería Andaluza, Córdoba 1985, pag.16. ARCE Y FLOREZ-VALDES, JOAQUIN. "El derecho civil constitucional". Ed. Civitas, Madrid 1986, pag. 30.

<sup>2</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Il diritto privato fra Codice e Costituzione". Ed. Zanichelli, Seconda edizione accresciuta. Bologna 1979. Idem "Diritto civile e commerciale." Vol. primo. Le categorie generali, le persone, la proprietà. Ed. Cedam. Padova 1990, pag. 81. Del mismo autor "Diritto Privato", 7ª Edizione, Ed. Cedam, Padova 1992, pag. 46.



propósito de superar los presupuestos del Antiguo Régimen.<sup>3</sup> Consecuentemente, como principios básicos del nuevo orden a instaurar, se erigían la libertad de la persona humana, la igualdad de los ciudadanos, la fraternidad, el absolutismo de la propiedad y la plenitud de la autonomía privada.<sup>4</sup>

Por influencia de las teorías y los avances logrados por la física, matemática, fisiología, astronomía, etc, tanto el racionalismo como el empirismo adoptan en sus explicaciones de la sociedad puntos de vista claramente atomistas, según los cuales la materia, es decir la sociedad, aparece formada por simples átomos, individuos aislados, meramente yuxtapuestos.

El individuo al aparecer así como el centro de un sistema social en el que se han suprimido los cuerpos intermedios, constituye un valor primordial del que derivan todos los demás.<sup>5</sup>

Para el nuevo orden, el sujeto individual es un dato presocial, y como tal se contrapone

---

<sup>3</sup> BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", Ed. Giuffrè, Milano 1951, pag. 41. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", Jovene Editori, Napoli 1972, pag. 126.

<sup>4</sup> COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà". Riv. Dir. Civ. anno XXX, 1984, parte prima, pag. 289. SCALFI, GIANGUIDO. "Manuale di Diritto Privato". Parte Generale, Seconda Edizione. Utet, Torino 1991, pag. 17. DE ALEJANDRE GARCIA, JUAN A. "Temas de Historia del Derecho: Derecho del constitucionalismo y la Codificación" (I). Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 1978, pag. 112.

<sup>5</sup> La desaparición de las corporaciones o grupos intermedios quedaba garantizada mediante la interdicción que de las mismas efectuaba el Decreto de 14 de junio de 1791, cuyo art. I prescribía: "Siendo una de las bases de la Constitución francesa la supresión de toda clase de corporaciones de ciudadanos del mismo Estado y profesión, queda prohibido reestablecerlas de hecho, bajo cualquier pretexto y bajo cualquier forma". Al respecto vid. GIORGIANNI, MICHELE. "Il Diritto Privato e i suoi attuali confini". Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ. Anno XV, 1961, pag. 400. FORSTHOFF, ERNST. "El Estado en la sociedad industrial", Ed. Cívitas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1975, pag. 29. PATTI, SALVATORE. "Saggi di Diritto Privato comparato". Ed. Giappichelli. Torino 1986, pag. 17.

a la sociedad.<sup>6</sup> El individuo, por lo tanto, es un ser de carácter abstracto que se valora como una realidad en sí mismo, sin estar sumergido en el mundo de las relaciones sociales, es un ser autosuficiente ajeno al contexto social que no necesita de los demás y se relaciona tan sólo en aquellas ocasiones en que lo quiere y en la medida que lo quiere.<sup>7</sup>

Las relaciones humanas así existen y se gobiernan por voluntad de los individuos que, por lo tanto, ha de ser plena, libre, e inviolable, constituyendo ley entre las partes contratantes. Es el reinado absoluto de la autonomía de la voluntad.<sup>8</sup>

En este sentido afirmaba PORTALIS que "los hombres deben poder tratar libremente sobre todo lo que les interese; sus necesidades les acercan; sus contratos se multiplican tanto como sus necesidades. No hay legislación en el mundo que pueda determinar el número y fijar la diversidad de acuerdos de los que los asuntos humanos son susceptibles."<sup>9</sup>

Desde este planteamiento, la sociedad aparece como una mera yuxtaposición de

---

<sup>6</sup> En esta línea precisa IRTI, trayendo a colación palabras de CARNELUTTI, que "en el orden liberal el individuo se contraponen al grupo social; la parte se opone al todo". Vid. IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario. Momenti di storia giuridica francese". Ed. Giuffré, Milano 1962, pag. 2.

<sup>7</sup> Sobre el tema de las relaciones sociales de individuo en el orden liberal es de aplicación la teoría mantenida por LUCARELLI que consiste en afirmar que es un postulado propio del liberalismo la máxima de que "nadie puede obligarse sino en la medida en que quiera". Trayendo este aforismo a la cuestión ahora analizada se podría decir que "nadie se relaciona socialmente sino en la medida que quiera". Vid. LUCARELLI, FRANCESCO. "Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici". Contributi di Ernesto Briganti, Mario Ciancio, e Luigi Russo. Ed. Cedam, Padova 1990, pags. 10 y 11.

<sup>8</sup> En estos momentos se estima que la autonomía contractual es una insustituible compañera del derecho de propiedad; es el medio imprescindible para poder hacer efectivos el derecho de gozar y disponer que corresponde al propietario. En esta línea, COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà". Ed. Giuffré, Milano 1965, pag. 57.

<sup>9</sup> PORTALIS, JEAN ETIENNE MARIE. "Discours Préliminaire", (Conseil d'Etat), en "Naissance du Code Civil. An VIII-an XII-1800-1804". Préface de François Ewald. Ed Flammarion, Paris 1989, pag. 78.



individuos. Dentro del nuevo orden, la sociedad no es nada más que aquel lugar dónde se produce el encuentro y racionalización de los intereses individuales.

Esta concepción de la sociedad no significa que ésta sea, en modo alguno, anárquica, sino que, por el contrario, está dotada de un propio orden, de unas normas propias que le son inherentes e incluso anteriores al Derecho positivo y al mismo Estado.<sup>10</sup> La sociedad liberal se encuentra solamente gobernada por las leyes de la naturaleza y es totalmente inmune a toda coerción jurídica.

La vida de los individuos en la sociedad se rige por las reglas de un mercado de alto capitalismo. En este contexto social, las leyes de la competencia se mostraban capaces de convertir los egoísmos privados en intereses comunes, (*private vices, public benefits*).<sup>11</sup> Lo primario es la realización del interés individual.<sup>12</sup>

El individuo únicamente ha de preocuparse por la satisfacción de sus propios intereses y necesidades, sin detenerse a pensar en el modo de procurar el interés social.

El bien común no entra en consideración al decidir la estrategia de la acción individual,

---

<sup>10</sup> GARCIA PELAYO, MANUEL. "Derecho Constitucional comparado". Ed. Alianza Universidad. Madrid 1987, pag. 119. Asimismo, "Escritos políticos y sociales". Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1986, pag. 127.

<sup>11</sup> DE VEGA GARCIA, PEDRO. "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social" En AA.VV. "Derecho y Economía en el Estado social". Ed. Tecnos. Madrid 1988, pag. 123. Idem. "Significación de la representación política". REP, Nueva época, nº 44, 1985, pag. 34.

<sup>12</sup> Para HOBBSBAWN "este mundo humano estaba formado por átomos individuales, con ciertas pasiones y necesidades, cada uno de los cuales buscaba, por encima de todo las máximas satisfacciones y las mínimas contrariedades, siendo igual en esto a todos los demás". BASSOLS COMA, MARTIN. "Constitución y sistema económico". Ed. Tecnos. Madrid 1985, pag.112.

porque el individuo persigue exclusivamente sus intereses.<sup>13</sup>

Tal y como sostenía ADAM SMITH, los hombres al buscar libremente su beneficio procuran lo mejor para la sociedad, conducidos por una "mano invisible" a promover un fin que nunca tuvo parte en su intención.<sup>14</sup>

Consecuentemente, el individuo no ha de inquietarse por la consecución del interés general o social, porque éste ya se está inconscientemente llevando a efecto cuando actúa en su exclusivo beneficio.

Subyace en esta concepción de la relación entre el individuo y la sociedad la identificación del interés individual con el general. La asunción del pensamiento iusnaturalista permite superar así la dicotomía interés individual-social, apareciendo el primero como un eficiente instrumento en la realización del segundo,<sup>15</sup> porque el fin del Derecho es el individuo, y la sociedad un mero instrumento para la consecución de ese objetivo.<sup>16</sup>

Se trata de un individualismo que se funda sobre la idea de la perfecta concurrencia de los intereses individuales; su armonización y racionalización espontánea, mediante las leyes

---

<sup>13</sup> ESTEVEZ ARAUJO, JOSE A. "Estructura y límites del Derecho como instrumento del Estado Social, en AA.VV. "Problemas de legitimación en el Estado Social", dirigida por Enrique Olivas, Ed. Trotta, Madrid 1991, pag. 159.

<sup>14</sup> ASCARELLI, TULLIO. "Ordinamento giuridico e realtà sociale", en "Il Diritto nella società moderna". Saggi a cura di Stefano Rodotà, Ed. Il Mulino, Bologna 1971, pag. 80.

<sup>15</sup> ASCARELLI, TULLIO. Ibidem Supra. pag. 78.

<sup>16</sup> Vid. SALVIOLI, GIUSEPPE. "El Derecho Civil y el proletariado". Ed. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla. Trad. esp. y prólogo de Bartolomé Clavero, Sevilla, 1979, pag. 60.



de la competencia, genera de manera inmediata el interés social de la comunidad.<sup>17</sup>

Constituyen puntos cardinales de este orden social natural el reconocimiento de la propiedad privada como un derecho del individuo para la satisfacción de su interés personal y la libertad.

La propiedad privada se considera como una atribución o prerrogativa del individuo<sup>18</sup> que se afirma proviene del orden natural, entendido como aquel estadio en el que todos los hombres son libres e iguales por naturaleza.<sup>19</sup>

El dominio es un derecho natural inherente a la persona humana del que el individuo goza *ex iure naturae*<sup>20</sup> y que representa la exteriorización y proyección de la personalidad

---

<sup>17</sup> COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 100.

<sup>18</sup> Así RODOTA estima que en el orden liberal la propiedad se muestra como un atributo de la personalidad. Vid. RODOTA, STEFANO. "Proprietà. Diritto Vigente", in Novissimo Digesto Italiano. Diretto da A. Zara e E. Eula. Tomo XIV. Ed. Utet, Torino 1967, pag. 133.

<sup>19</sup> La teoría del orden natural constituye una aportación del iusnaturalismo racionalista que halla su máximo representante en JOHN LOCKE, quien desarrolla los dogmas iusnaturalistas, principalmente, en sus obras "Dos tratados sobre el gobierno civil" y "Ensayos sobre la ley de la naturaleza", en donde estima que "el estado de la naturaleza es un estado de perfecta libertad en la regulación de las propias acciones y en el de los propios bienes y de la propia persona, dentro de los límites de la ley natural". Y es también "un estado de igualdad, en el que los poderes y jurisdicciones son recíprocos, no pudiendo uno más que otro, y esto porque el estado de naturaleza tiene una ley que lo gobierna, la cual obliga a todos: y la razón es que esta ley enseña a todo hombre que la interroga que, siendo todos iguales e independientes, ninguno debe ofender a otro en su vida, salud, libertad o propiedad". Para un más profundo análisis de los filósofos que incluyeron en su pensamiento la idea del orden natural, Vid. BOBBIO, NORBERTO. "Estudios de historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci. Versión española de Juan Carlos Bayón. Ed. Debate, Madrid 1985, pags. 104 y ss. donde se encuentran abundantes referencias bibliográficas sobre el tema. Igualmente, IRTI, NATALINO. "Società Civile". Ed. Giuffrè, Milano 1992, pags. 23 y ss. MASSA, JAVIER. "De Re Publica", Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona 1993, pag. 45.

<sup>20</sup> IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", cit. pag. 10. MOLITOR, ERICH. "Nueva problemática de la propiedad" en RDP. año XXXVIII, núm. 444, Marzo 1954, pags. 170 y ss. En el mismo entendimiento, afirma BARASSI ("Proprietà e comproprietà", antes cit. pag. 53) que para la filosofía iusnaturalista "la propiedad es un derecho individual innato, como una efervescencia

del propietario sobre las cosas que le pertenecen. Se entiende que los bienes son una prolongación del ser humano y, en consecuencia, negar el derecho de propiedad sobre ellos sería tanto como negar a la persona misma.<sup>21</sup>

De esta manera, la propiedad resulta la exteriorización del individuo sobre las cosas de este mundo. Por este motivo, no puede extrañar que se sostenga rotundamente que todo ataque a los derechos dominicales que hayan sido legítimamente adquiridos comporta también un daño a la persona misma que los detenta.<sup>22</sup>

Esta afirmación de que la propiedad privada es un derecho natural había sido ya sostendida por PORTALIS cuando en su Discurso de presentación del Code francés de 1804, retomando el pensamiento de LOCKE, manifestaba que "el hombre nace solamente con necesidades, él tiene la labor de procurarse su conservación [...], él tiene entonces un derecho natural a las cosas necesarias para su subsistencia y su mantenimiento. He aquí el origen de la propiedad [...]. El derecho de propiedad es una institución directa de la naturaleza, y de

---

de la larga autonomía individual con contenido largamente señorial, como un derecho absoluto que no habría de tolerar limitación alguna". Igualmente, COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", cit. pags. 127 y ss.

<sup>21</sup> BARBERO, DOMENICO. "Sistema de Derecho Privado", Tomo II, Derechos de la personalidad, Familia, Derechos reales. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1967, pag. 217.

<sup>22</sup> Para BARBERO, ninguna concepción jurídica puede abolir enteramente el derecho de propiedad porque ello significaría negar la persona misma. (BARBERO, DOMENICO. "Sistema de Derecho Privado", Vol. II, Derechos de la personalidad. Derecho de familia. Derechos reales. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1967, pag. 217). Igualmente BRANCA estima que la propiedad es necesaria para la expansión de la personalidad humana, de modo que ésta dejaría de existir sin aquélla. (BRANCA, GIUSEPPE "Instituciones de Derecho Privado", Ed. Porrúa, México 1978, pags. 178.). Sobre la configuración de la propiedad como un derecho de la persona humana, Vid. COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", cit. pag. 298. IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", cit. pag. 37.



la manera en que se ejercita es accesoria."<sup>23</sup>

En suma, el iusnaturalismo racionalista que profesa el orden liberal y se positiviza en el Code de 1804 liga la idea de libertad a la de propiedad, concibiendo a esta última como un derecho previo al Estado, cuya protección y disfrute determinan el nacimiento de la organización política a través del pacto o contrato social.<sup>24</sup> Ambas forman un binomio inescindible en donde se desarrolla una ligazón indisoluble, una relación directa e inmediata.

Esta concepción de la sociedad, como un orden autorregulado, y de la propiedad, como un derecho inherente al sujeto individual e inescindiblemente ligado a la idea de libertad, repercute directamente en el protagonismo que se concede al poder estatal y a la actividad que a éste compete.

Ya desde mediados del Siglo XVIII los Fisiócratas (LE TROSNE, QUESNAY,

---

<sup>23</sup> Para una mayor fidelidad creemos conveniente la transcripción en la lengua original de los textos citados: *"L'homme naît des besoins; il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir: il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Voilà l'origine du droit de propriété [...]. Le droit de propriété en soi est donc une institution directe de la nature, et la manière dont il s'exerce est un accessorie"*. PORTALIS, JEAN ETIENNE MARIE. "Discours Préliminaire", cit. pags. 85 y 86. En cuanto ideas que influyen en las palabras de PORTALIS Vid. también LOCKE, JOHN. "Dos tratados sobre el Gobierno". Las opiniones vertidas son también recogidas por GLIOZZI, ETTORE. "Dalla proprietà all'impresa". Collana Gioele Solari. Dipartimento di Scienze Sociali. Università di Torino. Ed. Franco Angeli, Milano 1989, pag. 49. En la doctrina española, y durante los trabajos de elaboración del Código de 1889, la concepción de la propiedad privada como derecho natural fue sostenida por B. GUTIERREZ, quien participó activamente en la redacción de los Libros II y III del Código Civil y afirmaba que "la propiedad privada haya su fundamento en el derecho natural, como complemento de la personalidad del sujeto". Más ampliamente, GUTIERREZ FERNANDEZ, BENITO. "Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español". Tomo Segundo, Madrid 1863, pags. 55 y ss. DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad. Crisis y retorno a la tradición jurídica". Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1993, pags. 76 y 77.

<sup>24</sup> LOCKE, JOHN. "Ensayo sobre el gobierno civil", Ed. Aguilar, Madrid 1969, pags. 100 y ss. Igualmente POUGHON pone de manifiesto que el iusnaturalismo racionalista lockeano concebía a la propiedad como un derecho anterior al Estado y prolongación de la persona individual. Vid. POUGHON, JEAN-MICHEL. "Que sais-je? Le Code Civil", Ed. Presses Universitaires, Paris, 1992, pag. 50.

MIRABEAU, TURGOT, DUPONT DE NEMOURS, MERCIER DE LA RIVIERE, etc) habían postulado la neta separación Estado-sociedad, y la total prevalencia de ésta frente a aquél.<sup>25</sup>

En congruencia con ello, se sostiene que la actividad estatal ha de ser reducida al mínimo y, desde luego, todo intento de ingerencia en las relaciones económicas y sociales entre los particulares debe resultar condenado de antemano.<sup>26</sup>

Uno de los principios fisiocráticos fundamentales partía de la idea de que si los individuos son libres, y capaces de proveerse a sí mismos, siendo iguales en ello a todos los demás, no tiene sentido el plantearse la intervención del Estado como medio para la

---

<sup>25</sup> Los Fisiócratas fueron influenciados por el pensamiento de LOCKE, lo que les llevó a sostener que existía un orden general del universo establecido por la providencia divina y sometido a leyes universales e inalterables. Los autores partidarios del pensamiento fisiocrático mantenían que la única forma de superar la crisis económica era aumentando la riqueza, cosa que para ellos sólo podría lograrse mediante un incremento de la producción agrícola. Con esta finalidad estimaban imprescindible el establecimiento de la libre disposición de bienes e intercambio de servicios. En este entendimiento, los Fisiócratas consideran a la propiedad privada como un derecho inviolable y sagrado que queda plenamente sometido a la voluntad individual de su titular y fuera del alcance de la ingerencia estatal, apoyando la reivindicación del absolutismo del propietario-explotador en nombre de la eficiencia económica. Vid. PATAULT, ANNE-MARIE. "Introduction historique au Droit des biens". Ed. Presses Universitaires de France, Paris 1989, pags. 144 y 145. Sobre el origen y los rasgos característicos del pensamiento Fisiocrático Vid. TARELLO, GIOVANNI, "Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del Diritto", Ed. Il Mulino, Bologna 1976, pags. 356 y ss, en donde después de una caracterización generalizada de los rasgos del movimiento fisiocrático, se desarrollan brevemente las líneas maestras del pensamiento de sus más trascendentales integrantes, incluyéndose amplias referencias bibliográficas. Véase también POUGHON, JEAN-MICHELE. "Que sais-je? Le Code Civil", antes cit. pags, 49 a 52. COMPORTI, MARCO, "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", cit. pag. 295. Estos últimos autores resaltan la influencia de LOCKE sobre el pensamiento fisiocrático. En la doctrina española, aunque breves son especialmente claros: GARCIA PELAYO, MANUEL. "La teoría social de la Fisiocracia", en Moneda y Crédito, num. 31, Diciembre 1949. Idem. "Derecho Constitucional comparado", Ed. Alianza, Madrid 1987, pag. 147. DE VEGA GARCIA, PEDRO. "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social", cit. pags. 123 y ss. SANCHEZ GONZALEZ, SANTIAGO y MELLADO PRADO, PILAR. "Fundamentos de Derecho Político". Ed Uned, Madrid 1993, pags. 103 y ss.

<sup>26</sup> GARRIDO FALLA, FERNANDO. "El modelo económico en la Constitución española." Vol. I. Ed. Instituto de Estudios Económicos. Madrid 1981, pag. 37.



satisfacción de las necesidades individuales.

La divulgación y expansión del pensamiento fisocrático pronto convirtió en general la idea de que la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado. Mientras que la libertad individual aparece como ilimitada en principio, correlativamente, la potestad estatal de limitarla es mínima y excepcional.

Dentro de este esquema le corresponde una extensión mínima al Estado aparato, en congruencia con la atribución de unas funciones muy limitadas<sup>27</sup>, que obedecen a insuprimibles exigencias colectivas, como el mantenimiento del orden público, la aplicación de la ley, la defensa de los confines nacionales, las relaciones con el exterior, etc.<sup>28</sup>

Su mediación sólo es admisible excepcionalmente en aquellos supuestos en los que sea imprescindible para corregir las disfuncionalidades que puedan surgir en un sistema autorregulado mediante leyes naturales emanadas de la recta razón.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Tal y como señalaba PORTALIS en el Discurso de Presentación del Code Civil Francés de 1804: "se gobierna mal cuando se gobierna demasiado [...]". Vid. PORTALIS, JEAN ETIENNE MARIE. "Discours Préliminaire", antes cit. pag. 82. No obstante, tal y como dice KEYNES, la misma frase (on gouverne mal, quand on gouverne trop) había estado ya en boca del anteriormente citado MARQUES D'ARGENSON cuando afirmaba que "para gobernar mejor, se debe gobernar menos" (Pour gouverner mieux, il faudrait gouverner moins). Vid. KEYNES, JOHN MAYNARD. "El fin del Laissez faire", cit. pag. 309. GLIOZZI, ETTORE, "Dalla proprietà all'impresa", antes cit. pag. 65 a 69.

<sup>28</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", antes cit. pag. 37. Respecto de la actitud absentista de el Estado liberal Vid. HESSE, KONRAD. "Escritos de Derecho Constitucional". Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, pag. 12.

<sup>29</sup> En este ámbito, para ANTON MENDER la libre disposición de las cosas por parte del propietario constituye la regla general, siendo la intervención del Estado y de la legislación una excepción relativamente rara. Vid. MENDER, ANTON. "El Derecho Civil y los pobres". Versión española de Adolfo Posada precedida de un estudio preliminar sobre "El Derecho y la cuestión social". Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1898, pag. 266.

Las verdaderas transgresiones del Derecho son las únicas que reclaman la intervención de un poder distinto del que posee todo individuo, porque sólo lo que impida aquéllas beneficia realmente a la formación del hombre, mientras que cualquier otro esfuerzo por parte del Estado pone obstáculos a este camino. En este sentido GERHARD A. RITTER nos señala que "en el Siglo XIX se rechazó repetidamente el fomento del bienestar como un fin del Estado. Se veía en este fin una contraposición a las exigencias de autodeterminación individual, emancipación y libertad."<sup>30</sup>

El fin del Estado debe ser el de mantener el orden establecido y la seguridad; entendiendo por ésta, en palabras de HUMBOLT, la certeza de la libertad concedida por la ley.<sup>31</sup>

De esta forma, se relega al Estado a un segundo término, dejándolo reducido, según la formulación clásica de LASSALLE, a un simple "vigilante nocturno".<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> RITTER, GERHARD. "El Estado Social, su origen y su desarrollo en una comparación internacional". Ed. Centro de publicaciones del Mº de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1991, pag. 18.

<sup>31</sup> HUMBOLT, WILHELM. "Los límites a la acción del Estado". Ed. Tecnos. Madrid 1988, pag. 111. Las palabras de HUMBOLT han sido también tomadas por GALGANO, FRANCESCO. "Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales". Ed. Ariel Derecho, Trad. de C. Alborch y M. Broseta. Barcelona 1990, pag. 34. WIETHOLTER, RUDOLF. "Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica", Ed. Revista de Derecho Privado, Traducción de M. Angel Extremoz, Madrid 1991, pag.85. En esta misma línea opina SCHMITT, CARL. ("Teoría de la Constitución". Alianza Editorial. Madrid 1982) que es necesario advertir que el Estado debe proponerse exclusivamente el mantenimiento del orden jurídico burgués basado en la propiedad privada y en la libertad personal, y en considerar a aquél como la garantía armada de ese orden, paz y seguridad burguesa.

<sup>32</sup> En un sentido similar LASARTE CARLOS "El Derecho Civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores", en AA.VV. "Centenario del Código Civil" Tomo II. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1990, pag. 1120, si bien no se alude en modo alguno a la relación de paternidad que tiene LASSALLE con la forma de calificar al Estado liberal a la que aludimos en el texto.

En las relaciones jurídico-privadas, y en concreto en el ejercicio del derecho de propiedad, el poder público estatal no comparece, y cuando raramente lo hace, se presenta más como guardián o protector del orden establecido que como uno de los protagonistas de las situaciones disciplinadas.<sup>33</sup>

Por lo tanto, en el orden liberal el Estado es un simple adjetivo de las relaciones sociales cuya principal actividad es la inacción.<sup>34</sup>

Se trata, lógicamente de la vigencia del principio liberal del "*Laissez faire, laissez passer, le monde va lui même*".<sup>35</sup>

En conclusión, por aplicación de este principio, y todo lo que el mismo comporta, Estado y sociedad se muestran totalmente disociados. En el orden liberal la sociedad aparece como sinónimo de pluralidad, como el ámbito de lo espontáneo y natural, donde se desarrolla

---

<sup>33</sup> RODOTA, STEFANO. "Ipotesi sul Diritto Privato", en "Il Diritto Privato nella società moderna". Saggi a cura di S. Rodotà, Ed. Il Mulino, Bologna 1971, pag. 12.

<sup>34</sup> GARCIA PELAYO, MANUEL. "La teoría social de la Fisiocracia", cit. pag. 21 y ss. GLIOZZI, ETTORE. "Dalla proprietà all'impresa", antes cit. pag. 56.

<sup>35</sup> La máxima *Laissez-nous faire* tradicionalmente se atribuye al comerciante LEGENDRE dirigiéndose al ministro francés COLBERT algún día hacia fines del Siglo XVII, cuando éste le preguntó: *Que faut-il faire pour vous alder?*, y el primero respondió: "*Nous laisser faire*". Pero es posible que el primer escritor que utilizara la frase fuese el MARQUES D'ARGENSON hacia 1751. El MARQUES fue el primer hombre que se apasionó por las ventajas económicas que podría suponer que los gobiernos dejaran sólo el comercio. La verdadera causa de la decadencia de nuestros fabricantes, declaraba, es la protección que les hemos concedido. Dejar hacer, esa debería ser la divisa de toda potencia pública desde que el mundo es civilizado. Ayudó también al establecimiento de la máxima del *Laissez faire* el hecho de que la corrupción, la incompetencia, e ineptitud de los administradores públicos generó un alto grado de desconfianza en el gobierno durante el Siglo XVIII. Sobre el origen del dogma del *Laissez faire* véase KEYNES, JOHN MAYNARD. "El fin del laissez faire" en "Lecturas de historia económica", Ed. Universidad Pontificia Comillas, Icaí-Icade, Madrid 1983, pags. 307 y ss. GALGANO, FRANCESCO. "Gobierno de la economía y empresa pública", en AA.VV. "Derecho y Economía en el Estado Social". Ed. Tecnos, Madrid 1988, pag. 160. Idem. "Instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales", antes cit. pag. 34.



el libre juego de las fuerzas individuales, mientras que el Estado se sitúa como una unidad dada que representa lo artificial y arbitrario<sup>36</sup>. Ambos se colocan el uno frente al otro, sin relación alguna, como caminos que nunca llegan a cruzarse.<sup>37</sup>

Este patente divorcio entre la sociedad (ámbito privado) y el Estado (ámbito público), proclamado por el orden liberal, produce el efecto de articular una contundente separación entre la ley común privada, constituida por los Códigos Civiles y las Constituciones.

El punto de conexión existente entre ambos radica en la pretensión derivada de sus presupuestos racionales de recoger de una forma sistematizada y racional las normas vigentes fundamentales.<sup>38</sup>

Los Códigos se encargan de regular las relaciones jurídico-privadas bajo los presupuestos de la libertad y la autonomía privada *lato sensu* considerada. Se erigen, así, en

---

<sup>36</sup> Como sostiene JOHN KEANE evocando a CARL SCHMITT "en su lucha contra el poder inmemorial de los Estados absolutistas el liberalismo desarrolló una profunda desconfianza y antipatía hacia el poder estatal". Sobre esta cuestión Vid. KEANE, JOHN. "Democracia y sociedad civil". Ed. Alianza. Versión esp. de A. Escotado, Madrid 1992, pags. 186 y 187.)

<sup>37</sup> HESSE, KONRAD. "Escritos de Derecho Constitucional", cit. pag. 12. LUHMANN, NIKLAS. "Teoría política del Estado de Bienestar". Ed. Alianza, versión española de Fernando Vallespín, Madrid 1987, pag. 41. En palabras de IRTI, en el orden liberal la sociedad y el individuo propietario se muestran como certezas originarias que el Estado encuentra frente a sí y que le condicionan y limitan a la hora de llevar a cabo su actividad. Vid. IRTI, NATALINO. "Società civile", antes cit. pags. 2 y 3. Idem. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", cit. pag. 9.

<sup>38</sup> En esta inteligencia señala FERNANDO REY ("La propiedad privada en la Constitución española". Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1994, pag. 68) que "Elemento común a estos tres tipos de textos (se refiere a las Declaraciones de derechos, Constituciones y Códigos liberales) es su inspiración en el racionalismo jurídico de la Ilustración...". Sobre el "Concepto racional-normativo de la Constitución" Cfr. GARCIA PELAYO, MANUEL. "Derecho constitucional comparado", antes cit. pags. 34 y ss. Idem. "Escritos políticos y sociales", antes cit. pags. 24 y ss.

la norma fundamental y primaria de la sociedad, dentro del orden burgués.<sup>39</sup>

Por el contrario, el objetivo de las Constituciones liberales es fijar los fines a los que ha de dirigirse la acción del Estado en su conjunto, así como los límites impuestos a su actividad.<sup>40</sup>

Las Constituciones decimonónicas se limitan a regular el funcionamiento y organización de los poderes públicos, así como las relaciones que se establecen entre los órganos mediante los cuales se ejerce la actividad pública o estatal.<sup>41</sup>

En el orden liberal, la Constitución es, de este modo, la norma reguladora de la actividad del Estado y debe como tal circunscribirse al ámbito de la vida pública, e impedir que éste entre en competencia con los ciudadanos en la esfera privada.

Consiguientemente, la vida privada queda fuera del campo de acción de las Constituciones decimonónicas. En ningún caso pretenden la normación de las relaciones jurídicas entre particulares.<sup>42</sup>

Siendo ello así, la única incidencia de las normas constitucionales sobre la vida de los

---

<sup>39</sup> De acuerdo con LOPEZ Y LOPEZ ("Constitución, Código y Leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación", en AA.VV. "Centenario del Código Civil". Asociac. de Profs. de Derecho Civil. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1990, pag. 1165) "el Estado liberal confiaba el andamiaje jurídico de la sociedad civil al Derecho Privado, en rigor a los Códigos Civiles".

<sup>40</sup> HUMBOLT, WILHELM. "Los límites a la acción del Estado", cit. pag. 3.

<sup>41</sup> FRANGI, MARC. "Constitution et Droit Privé. Les droits individuels et les droits économiques". Ed Economica. Presses Universitaires d'aix marseille, Paris 1992, pag. 6.

<sup>42</sup> Vid. en sentido similar LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "Constitución, Código y Leyes Especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación", cit. pag. 1165.

particulares la representa la reglamentación de las posibles relaciones que nazcan entre los poderes públicos y los ciudadanos.<sup>43</sup>

En este ámbito relacional (poderes públicos-ciudadanos) la finalidad que persigue la Constitución es la de garantizar plenamente la inviolabilidad e intangibilidad de los derechos individuales de la persona frente a la acción estatal.<sup>44</sup>

Desde esta perspectiva, ha de entenderse el reconocimiento a nivel constitucional de la propiedad privada como un derecho inviolable y sagrado.

La Constitución liberal no atiende a las relaciones existentes entre propietarios individuales, sino que pretende única y exclusivamente proteger al individuo titular de un derecho de propiedad frente a los potenciales ataques que pudiesen provenir del Estado.<sup>45</sup>

Por esta razón, si bien es cierto, como ha sido puesto de relieve por GALGANO, que ya los primeros Textos Constitucionales liberales recogían instituciones de Derecho Privado,

---

<sup>43</sup> En esta misma línea se coloca TARELLO al diferenciar el fenómeno de la Codificación y la Constitucionalización, definiendo a ésta última como "el proceso histórico-cultural por el cual [...] viene a configurarse como una relación jurídica el vínculo que existe entre el detentador del poder político y aquellos que están sujetos a ese poder". TARELLO, GIOVANNI. "Storia della cultura giuridica moderna", antes cit. pag. 22. Igualmente GALGANO, FRANCESCO. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", antes cit. pags. 58 y 58/1. Idem. "Diritto Privato", antes cit. pag. 46.

<sup>44</sup> FRANGI, MARC. "Constitution et Droit Privé. Les droits individuels et les droits économiques", cit. pag. 6.

<sup>45</sup> Como nos enseña F. SUAREZ, "durante el apogeo del liberalismo los derechos consagrados en estos documentos (se refiere a las Constituciones) eran los derechos individuales clásicos, es decir, aquellas libertades para gozar de las cuales bastaba la abstención del Estado, respecto el cual los derechos humanos son anteriores y superiores. Se trataba, precisamente de poner límites a los poderes del Estado, acotando un ámbito en el que el individuo, por sí sólo, y sin prestaciones ni del Estado ni de otros individuos, realizará su libertad en función de sus deseos, de su capacidad, de su fortuna". Vid. SUAREZ, FERNANDO. "Los derechos sociales en las Constituciones". En AA.VV. "Constitución y Economía". Ed. Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid 1977, pag. 203.



tales como la propiedad, no es menos cierto que no se preocupaban de regular las relaciones entre los particulares, sino de proteger a éstos frente a la acción del Estado.<sup>46</sup>

De esta manera, las Constituciones decimonónicas se erigen como un importante mecanismo que impide el despotismo político, ya que se dirigen a garantizar la libertad individual de los propietarios frente a las posibles lesiones que pudieran proceder del ejercicio de la actividad estatal.<sup>47</sup>

Consiguientemente, mediante su reconocimiento constitucional la propiedad privada se convierte en una barrera frente a los poderes públicos, ya que marca una frontera que la acción estatal en ningún caso puede sobrepasar.<sup>48</sup>

En cierto modo, esta finalidad garantística frente a la acción estatal se puede entender justificada si se tiene presente el contexto histórico en el que nacen las Constituciones liberales.

---

<sup>46</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", antes cit. pag. 58. Igualmente "Diritto Privato", antes cit. pag. 46.

<sup>47</sup> Para CARL SCHMITT, la esencia de las Constituciones liberales radica en ser un límite frente a la acción estatal. Así, afirmaba que "la Revolución francesa condujo a una Constitución del Estado burgués de Derecho, esto es, limitadora y controladora del ejercicio del poder del Estado, dando así al Estado francés un nuevo modo de ser políticamente". SCHMITT, CARL. "Teoría de la Constitución", antes cit. pags. 137 y ss.

<sup>48</sup> No obstante, es conveniente resaltar que esta configuración constitucional conlleva el riesgo de transformar a la propiedad privada en un mero derecho de resistencia frente al poder político. En este punto se podrá traer a colación, y aplicar al caso concreto de la propiedad, la idea de que la libertad liberal fue, sobre todo, concebida como una liberación de la represión y de la arbitrariedad política, es decir, como libertad frente al Estado, o libertad negativa. Análogamente, se podría decir que la propiedad liberal se concebía como libre de todo tipo de vínculos, trabazones o límites que pudiesen ser impuestos por los poderes políticos. De nuevo aflora la libertad entendida en un sentido negativo, ahora en el concreto ámbito del ejercicio del poder de disposición por parte del propietario. En torno a la configuración negativa de la libertad Vid. ASCARELLI, TULLIO. "Ordinamento giuridico e realtà sociale", antes cit. pag. 77. Igualmente SANCHEZ GONZALEZ y MELLADO PRADO. "Fundamentos de Derecho Político", cit. pag. 109.

Habiendo triunfado la Revolución de 1789, cuando se elaboran las primeras Declaraciones de derechos, el principal objetivo que se persigue es conseguir la articulación de instrumentos normativos que impidan el retorno a la situación de pleno sometimiento a los poderes políticos (nobles, señores, aristocracia, instituciones eclesiásticas) en la que se hallaban los propietarios individuales en el Antiguo Régimen.

En esta línea, el pensamiento liberal estimó que la vía más adecuada para la consecución del citado objetivo era el reconocimiento a nivel constitucional de la propiedad privada como un derecho inviolable y sagrado.

En suma, desde este planteamiento de la doctrina liberal decimonónica, la norma suprema del Derecho Público es la Constitución; la del Derecho Privado, en cambio, son los Códigos Civiles. Si esto es así, podríamos afirmar con SOLARI que durante el Siglo XIX, está totalmente vigente la frase: "la codificación corresponde en el campo del Derecho Privado a lo que son las declaraciones de derechos y las Constituciones en el campo del Derecho Público".<sup>49</sup>

## **2. LA CRISIS DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO.**

Ya desde mediados del Siglo XIX comienza a ser patente que los objetivos que son considerados trascendentales en la ideología liberal burguesa se muestran inalcanzables en la práctica. En su mayor parte se convierten, a la postre, en quiméricas utopías y retóricas declaraciones, fruto del eufórico espíritu revolucionario, que pretendía marcar una radical

---

<sup>49</sup> Al respecto téngase en consideración, TARELLO, GIOVANNI. "Storia della cultura giuridica moderna", antes cit. pag. 25. GLIOZZI, ETTORE. "Dalla proprietà all'impresa", ya cit. pag. 33. ROCA GUILLAMON, JUAN. "Codificación y crisis del Derecho Civil", en AA.VV. "Centenario del Código Civil". Tomo II. APDC. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990, pag. 1760.

frontera diferenciadora con el Antiguo Régimen.

Consiguientemente, las Constituciones y las Declaraciones de Derechos aparecían como simples normas programáticas que, como tales, carecían de una auténtica eficacia y aplicación inmediata, porque adolecían de los mecanismos necesarios para ello. Por otra parte, y como resultado de la misma causa, las normas constitucionales únicamente señalaban las directrices generales que precisaban el marco de actuación del legislador, pero que en ningún caso vinculaban ni a él, ni a los órganos encargados de aplicar el Derecho.

Las manifestaciones legales del orden liberal y la realidad de las mismas discurrían, por lo tanto, por caminos divergentes. Una cosa era lo que a nivel dogmático y formal declaraban las normas liberales, y otra cosa, totalmente distinta, era el resultado de su aplicación práctica.<sup>50</sup>

Podemos afirmar, en definitiva, que frecuentemente la finalidad teórica perseguida por las disposiciones normativas liberales no alcanzaba verdadera realización. Se trataba quizás de puros ideales filosóficos, que, aunque por circunstancias coyunturales se positivizaron en normas, difícilmente podrían tener aplicación efectiva.<sup>51</sup>

La vigencia del dogma liberal del "*Laissez faire*" supuso un desarrollo irregular del

---

<sup>50</sup> En este sentido, MARTINEZ VAL afirma: "La Declaración de Derechos de Virginia (Junio 1776) comenzaba diciendo que los hombres son por naturaleza libres e independientes, y que tienen ciertos derechos (a la vida, a la propiedad, etc.) pero en realidad siguió existiendo la esclavitud. Por fin en Francia se hace la Declaración de los Derechos del hombre como tal, y entre los que se definen como naturales e imprescriptibles, figura en primer término la libertad, aunque con idéntica eficacia en el orden práctico. [...] Durante mucho tiempo la filosofía del hombre y aún su manifestación legal y externa han ido por un lado, mientras que la realidad de la vida discurría por otros derroteros". Vid. MARTINEZ VAL, JOSE MARIA. "Los derechos de la persona en las Constituciones de la postguerra". Publicaciones del Instituto de Estudios Manchegos. Ciudad Real 1952, pag. 13.

<sup>51</sup> ATIAS, CHRISTIAN. "Droit Civil. Les biens". Ed. Litec, Paris 1993, pag. 73.



capitalismo de tal calibre que produjo agudas crisis financieras y no menos importantes problemas sociales.

En el ámbito económico, la política liberal del "dejar hacer" trajo consigo constantes crisis periódicas, derroche insustituible de recursos productivos, extremos de pobreza y riqueza, corrupción de la Administración por grupos de intereses dominantes, y con frecuencia, sustitución de la competencia autorreguladora por el monopolio.<sup>52</sup>

Con respecto a la distribución de la riqueza, como afirma W. A. LEWIS "los ingresos en el liberalismo no están repartidos equitativamente, y en consecuencia se producen mercancías menos necesarias para las clases acomodadas, mientras que los pobres carecen de educación, salud, buena alimentación, viviendas dignas y comodidades ordinarias que podrían suministrarse a cambio de aquéllas".<sup>53</sup>

El principio del "Laissez faire" y la libertad plena en el ejercicio del derecho de propiedad justificaron las conductas absentistas de propietarios de grandes extensiones de tierras fértiles, mantenidas sin cultivar ni explotar, con el consiguiente importante descenso en la producción que, a su vez, actuó como obstáculo al desarrollo económico y que acabó generando una aguda crisis financiera.

---

<sup>52</sup> Para un estudio desde el punto de vista económico de las negativas consecuencias del liberalismo Vid. SAMUELSON, PAUL A. "La función económica del Estado". En *Economía*, Ed. McGraw-Hill, Madrid 1990, pags. 875 y ss. Ibidem. "Los mercados y la intervención del Estado en una economía moderna", pags. 44 y ss. KEYNES, JOHN. Maynard. "El fin del Laissez faire", antes cit. pags. 307 y ss. BASSOLS COMA, MARTIN. "Constitución y sistema económico", antes cit. pags. 140 y 141. DUQUE DOMINGUEZ, JUSTINO. "Iniciativa privada y empresa", en AA.VV. "Constitución y Economía". Ed. Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid 1977, pag. 59.

<sup>53</sup> Se trata de una de las causas en base a las que W. A. LEWIS en su obra "La planificación económica" (México FEC. 1978, pags. 38 a 40) contempla la crisis del "Laissez faire" y que es igualmente recogida por SANCHEZ GONZALEZ y MELLADO PRADO "Fundamentos de Derecho Político", antes cit. pags. 123 y 124.

En suma, la libertad y el "dejar hacer" trajo como consecuencia que cada individuo mirando, egoísticamente, hacia sí mismo, y despreocupándose de su entorno social, generase un importante freno al desarrollo económico y productivo de la colectividad.

La crisis económica en la que desemboca el sistema de mercado autorregulado propio del orden liberal genera igualmente relevantes problemas sociales.

El poder que surgía de las relaciones privadas de producción originó, a medio y largo plazo, el sometimiento de las clases débiles a las dominantes, esto es, de aquellos que nada poseían a los detentadores del capital.

El dominio sobre las cosas se transforma así en autoridad sobre las personas que, dejada a la propia dialéctica, puede afectar más a los subordinados a ella que la autoridad misma del Estado.<sup>54</sup>

Es así como la estructura social liberal refleja la dominación de los propietarios sobre los no propietarios.<sup>55</sup>

Con la industrialización y el sistema de producción en masa se genera una aguda demanda de mano de obra tal que provoca intensos movimientos migratorios de grandes masas de población desde el ámbito rural hacia los núcleos urbanos.

---

<sup>54</sup> GARCIA PELAYO, MANUEL. "Algunas consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución", en AA.VV. "Estudios sobre la Constitución española de 1978", dirigidos por M. Ramirez, Zaragoza 1979, pag. 34. Igualmente BASSOLS COMA, MARTIN. "Constitución y sistema económico", Ed. Tecnos, Madrid 1985, pag. 143.

<sup>55</sup> En este sentido VON STEIN afirma que la infraestructura y base de la sociedad está constituida por relaciones de dominación. Cfr. VON STEIN, LORENZ. "Movimientos sociales y monarquía". Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1981, pag. 40.

Como los incipientes núcleos urbanos no estaban preparados para recibir a una ingente población trabajadora ésta vive hacinada en los suburbios de las ciudades, en condiciones infrahumanas y degradantes.<sup>56</sup>

Esta angustiosa situación de las clases obreras se ve favorecida por las nefastas circunstancias en las que se debía prestar la actividad laboral. Las larguísimas, duras e intensas jornadas laborales habían sumido en una de las peores esclavitudes no sólo a los hombres maduros, sino también a mujeres y niños.

La total falta de seguridad convertía la prestación del trabajo en un constante riesgo para la integridad física, que no se veía contrarrestado mediante ningún mecanismo compensatorio del daño surgido en los tan frecuentes accidentes.

Ante tal situación de crisis económica y social, resulta inevitable preguntarse acerca del verdadero resultado práctico de aquellas declaraciones formales que el orden liberal defendía como fundamentales, y que, como habíamos visto, eran la libertad, la igualdad, la fraternidad, la propiedad absoluta y la plena autonomía privada.

El ideal de la igualdad se traduce en la más profunda de las desigualdades. La parificación formal propia del orden liberal propició la desigualdad real de las fortunas de

---

<sup>56</sup> COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", cit. pag. 304. El liberalismo, que había proclamado como principios básicos la libertad, igualdad y propiedad, sumió, a una buena parte de la población en una de las peores esclavitudes, desigualdades y pobreza: jornadas de trabajo larguísimas, total falta de seguridad laboral, vida hacinada en barrios sin ningún tipo de higiene... Al respecto ver las consideraciones que en ese sentido realiza VIVER-PI SUNYER, CARLOS. "Constitución. Conocimiento del ordenamiento constitucional", Ed. Vicens-Vives, pags. 18 y 19.



hecho.<sup>57</sup> La inadecuada distribución de la riqueza contribuyó a que unos pocos egoísticamente acumulasen grandes patrimonios, mientras que otros muchos no poseían ni lo necesario para mantener una existencia en dignas condiciones.

La igualdad formal de posiciones jurídicas no garantiza la igualdad sustancial en la distribución de los bienes.<sup>58</sup> Con la igualdad formal el rico se ha enriquecido más y ha adquirido mayor poder, y el pobre se ha depauperado más aún si cabe. La desigualdad ha aumentado.

La concentración capitalista, el industrialismo y otras causas económicas contribuyen a acrecentarla, creando una clase de privilegiados que han adquirido individualmente una mayor suma de derechos efectivos, sin que la ley haya creado obligaciones correlativas.

La falta de igualdad real se dejaba sentir con ímpetu en el mundo laboral. La equiparación formal encubría grandes desigualdades sustanciales que se ponían de manifiesto en el momento en que el trabajador debía vender "la fuerza de su trabajo".

El hecho de que ambas partes se encuentren en una posición de igualdad formal a la hora de contratar, no significa que estén en iguales condiciones para imponer sus intereses en la relación contractual laboral.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> GROSSI, PAOLO. "La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico", cit. pags. 131 y 132. COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 304.

<sup>58</sup> RAISER, LUDWIG. "Il compito del Diritto Privato", ya cit. pag. 14.

<sup>59</sup> Más ampliamente sobre lo que se denomina "Materialización en las relaciones contractuales laborales", ESTEVEZ ARAUJO, JOSE ANTONIO. "Estructura y límites del Derecho como instrumento del Estado Social", antes cit. pag. 156.

Según nos precisa HELLER, uno de los principales errores del liberalismo fue pretender individuos formalmente iguales ante el Derecho formal.<sup>60</sup>

La ley liberal nacía con vocación de generalidad, ya que hacía total abstracción de las diferencias de hecho o reales que pudiesen tener relevancia jurídica.<sup>61</sup>

El equívoco consistía en pretender hacer iguales a quienes no lo eran, porque la igualdad no consiste en dar a todos el mismo trato, sino en dar a cada uno el trato que le corresponde; de este modo, el fallo del orden liberal fue aspirar a la parificación jurídica de individuos desiguales, e intentar hacer formalmente iguales a quienes en realidad no lo eran.<sup>62</sup>

El liberalismo había adoptado un criterio excesivamente formal de la igualdad, ignorando que "ejercitar la justicia imponiendo o aplicando el Derecho, significa tratar como igual al igual y como diverso lo diverso." <sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> HELLER, HERMANN. "Escritos políticos". Ed. Alianza Editorial, Madrid 1985, pag. 269.

<sup>61</sup> Respecto la generalidad de la ley en el Estado de Derecho liberal, en tanto que parificación jurídica-formal de los ciudadanos, véanse, entre otros: FORSTHOFF, ERNST. "Concepto y esencia del Estado Social de Derecho. En AA.VV. "El Estado Social", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, pag. 87. GARRORENA MORALES, ANGEL. "El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho", Ed. Tecnos, Madrid 1984, pag. 50. COSSIO DIAZ, JOSE RAMON. "Estado Social y Derechos de Prestación", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, pag. 28. DIEZ PICAZO, LUIS. "Constitución, Ley y Juez", en REDC, núm. 15. Sept-Dic. 1985, pags. 9 y 10.

<sup>62</sup> LUCARELLI, FRANCESCO. "Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici", antes cit. pag. 9.

<sup>63</sup> RAISER, LUDWIG. "Il compito del Diritto Privato". Ed. Giuffré, Milano 1990, pag. 11. RESCIGNO, PIETRO. "Persona e comunità". Saggi di Diritto Privato. Tomo I. Ed. Cedam. Padova 1991, pags. 351 y ss. SCALFI, GIANGUIDO. "Manuale di Diritto Privato", Tomo I, antes cit. pag. 19.

De nada servía que los ciudadanos fuesen formalmente iguales ante el Derecho y en el Derecho, si en realidad no eran iguales en derechos, en posibilidades de participación, etc.<sup>64</sup>

En otro orden de cosas, la ausencia de igualdad material provocó, a su vez, que la tan reiteradamente proclamada libertad, tampoco lograra efectiva realización práctica.

Por el contrario, los intentos de consecución de la libertad habían llevado lejos de su afirmación a su más aguda negación.

El orden liberal considera el principio fundamental de la libertad en su faceta meramente negativa, como derecho de resistencia frente al Estado.

La libertad decimonónica era concebida como la emancipación de los vínculos represivos y la discrecionalidad política que había caracterizado al Estado durante el Antiguo Régimen.<sup>65</sup>

Quizás, este equívoco se fundamentaba en la creencia liberal de que la única fuente o foco de poder lo representaba la autoridad política estatal.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> WIERHÖLTER, RUDOLF. "Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica", antes cit. pag. 87.

<sup>65</sup> Sobre la configuración de la libertad como un derecho negativo de resistencia frente a la acción estatal, Vid. ASCARELLI, TULLIO. "Ordinamento giuridico e realtà sociale", antes cit. pag. 77. WIERHÖLTER, RUDOLF. "Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica", antes cit. pag. 88. LUCARELLI, FRANCESCO. "Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici", cit. pags 10, 11, 262 y 263. Menger, ANTON. "El Derecho Civil y los pobres", antes cit. pags. 258 y 259.

<sup>66</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Il Diritto privato fra Codice e Costituzione", antes cit. pags. 58 y 58/1. Idem. "Diritto Privato", antes cit. pags. 46 y 47.

Sin embargo, la experiencia práctica demostró que la realidad no circulaba por estos derroteros. La realidad dió fe de la existencia de grupos formados por sujetos privados de los que emanaba un poder que estaba en condiciones de rivalizar con aquél que surgía del aparato político estatal,<sup>67</sup> produciendo así una traslación del poder del Estado hacia los grupos, en la medida en que éstos podrían ejercer, de facto, una autoridad de igual o incluso mayor grado que la proveniente de la organización estatal. El crecimiento de los intercambios comerciales que exigía un volumen de capital que ya no podía ser aportado por los empresarios individuales, provoca la formación de grupos de comerciantes con el fin de poder proporcionar así los capitales necesarios para abordar empresas de mayor entidad. (es el caso del nacimiento de las sociedades por acciones).

Esta dramática coyuntura, generada por las profundas desigualdades y por la falta de libertad, favorece a mediados del Siglo XIX el surgimiento de una nueva clase que pasa a desempeñar, tal y como nos enseña GALGANO, el papel de antagonista de la burguesía. Fue la clase obrera la que desde la propia experiencia histórica será inducida a descubrir en las relaciones privadas de producción, más allá de los aparatos formales del Estado, la fuente real de poder.<sup>68</sup>

El Cuarto Estado poco a poco se va percatando de que es un importante coeficiente de riqueza, y de la propiedad misma y, en consecuencia, comienza a exigir una transformación

---

<sup>67</sup> GALGANO, FRANCESCO, Obras antes cit. pags. 58 y 46 respectivamente. Igualmente, "Diritto Civile e Commerciale" Vol I, antes cit. pag. 82.

<sup>68</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Diritto Civile e Commerciale", Vol I, cit. pag. 82. Idem. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", antes cit. pag. 58/1. Del mismo autor, "Diritto Privato", antes cit. pag. 47.



de su naturaleza que cristaliza en toda una serie de reivindicaciones<sup>69</sup> sobre: la regulación de los máximos y mínimos laborales, la reducción de la jornada de trabajo, el auxilio a los parados, la educación, la seguridad e higiene en el trabajo, etc.<sup>70</sup>, generando el fenómeno al que mayoritariamente la doctrina se ha referido con la denominación de "cuestión social".<sup>71</sup>

"Cuestión social" que no fue algo exclusivo de los núcleos urbanos. También se puede hablar, aunque en menor medida, de una "cuestión social agraria", porque en el ámbito rural, la desamortización había fracasado, haciendo más ricos a los que ya lo eran, toda vez que los pobres no habían podido adquirir las tierras puestas a la venta mediante subasta pública.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Se trata de la teoría de COSENTINI, a la que alude MANUEL MARQUES Y SEGARRA en su obra "El nuevo derecho de propiedad individual". Separata de los Anales de la Universidad de Valencia, Año XIV, Cuaderno 107, Valencia 1933, págs. 80 y ss.

<sup>70</sup> En torno a las reivindicaciones proletarias, COSSIO DIAZ, JOSE RAMON. "Estado Social y derechos de prestación", antes cit. pag. 32. El proletariado industrial y urbano se muestra cada vez más exigente y adquiere una mayor participación en la vida pública como medio para satisfacer sus demandas sociales. Sobre los movimientos obreros de mediados de S. XIX Vid. DE VEGA GARCIA, PEDRO. "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social", cit. pag. 123. Idem. "Significado de la representación política," cit. pag. 34. SALDANHA, NELSON. "O pensamento constitucional e a teoría política no século XIX". En libro homenaje a M. García Pelayo. Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas 1980, pag. 17. RUIPEREZ ALAMILLO, JAVIER. "La Constitución como norma jurídica". Trabajo inédito que manejamos por cortesía del autor, pag. 45 del original mecanografiado.

<sup>71</sup> Menger, Anton. "El Derecho Civil y los pobres", véase en concreto el estudio introductorio de Adolfo Posada "El derecho y la cuestión social", cit. págs. 5 y ss. Comporti, Marco. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", cit. pag. 304. VANOSSI, JORGE REINALDO. "El Estado de Derecho en el constitucionalismo social", Ed. Eudeba, Buenos Aires 1987, pag. 356. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. AA. VV. "Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral", (López y López, Montés Penadés, coords.) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1994, pag. 235. REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", cit. pag. 91.

<sup>72</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. "Elementos de Derecho Civil" Tomo III, Vol. I. Posesión y propiedad. Ed. Bosch, Barcelona 1990, págs. 275 y 276. CASTAN TOBEÑAS, JOSE MARIA. "Derecho Civil español, común y foral". Tomo II. Derechos de cosas. Vol I. Derechos reales en general. El dominio y la posesión. Ed. Reus, Madrid 1992, págs. 127 y 128. DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pag. 91. BALLARIN MARCIAL, ALBERTO. "Del Derecho Agrario al Derecho agroalimentario", en "Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Lacruz", Vol. I, Ed. Bosch, Barcelona 1992, pag.

El fracaso desamortizador y el nada equilibrado reparto de la propiedad de las tierras generó injustas condiciones de los contratos agrarios y de los de trabajo, porque los propietarios abusaron de su privilegiada posición económica-social al utilizar su poder jurídico para someter a su voluntad a los arrendatarios y trabajadores agrícolas del campo.<sup>73</sup>

Todo este proceso reivindicativo que se desarrolla tanto en la ciudad como en el medio rural va a tener su punto álgido en los movimientos proletarios franceses de 1848, en donde por vez primera se escucha la voz "*Vive la République démocratique et social!*".<sup>74</sup>

Esta viva voz demostraba que se trataba de exigencias sociales que iban dirigidas, en su mayoría, al Estado, para que corrigiese las desigualdades fácticas derivadas de las relaciones de producción, a la vez que se le solicitaban mayores posibilidades de participación en la organización política y económica.

Finalmente, las reivindicaciones sociales se transformaron en políticas, desde el momento en que, al reconocerse el sufragio universal, las clases obreras y trabajadoras acceden al derecho de voto. En palabras de NIKLAS LUHMANN, "mediante la representación popular, un número creciente de aspectos de la vida individual, y ante todo, los innumerables secuelas de las consecuencias del desarrollo industrial, pudieron ser introducidas como temas de la vida política".<sup>75</sup>

Todo este conjunto de acontecimientos socio-políticos y económicos pone de relieve

---

157 y 158.

<sup>73</sup> BALLARIN MARCIAL, ALBERTO. "Del Derecho Agrario al Derecho Agroalimentario", antes cit. pag. 159.

<sup>74</sup> GARRORENA MORALES, ANGEL. "El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho", cit. pag. 31.

<sup>75</sup> LUHMANN, NIKLAS. "Teoría política en el Estado de Bienestar", antes cit. pag. 37.

la necesidad de replantearse las teorías liberales en torno a la sociedad, el Estado y sus relaciones recíprocas.

La armonía social pretendida por el orden liberal difícilmente podía ser alcanzada de una manera espontánea. El libre juego de los intereses individuales no trajo como resultado el interés social de la colectividad, sino que, por el contrario, favoreció la formación de pretensiones egoístas que abocaron a la confrontación social.

La estructura social, lejos de ser el marco donde se armonizarían los intereses individuales transformándose en generales, se erigió en el foro de los más profundos egoísmos individualistas, subvirtiendo el reino de la libertad para aparecer ahora como el reino de la necesidad.<sup>76</sup>

De este modo, la imagen de la sociedad como orden autónomo, intangible y sacrosanto, en donde se conjugaban los distintos intereses individuales, resulta sustituida por una visión Hobbesiana de confrontación y lucha de intereses irreconciliables.<sup>77</sup>

Por esta y otras razones, la corrección de las graves disfuncionalidades sociales y la procura de la efectiva realización del interés general de la comunidad se convierten en las metas fundamentales a conseguir por las incipientes estructuras jurídico-políticas que surgen a principios del Siglo XX como respuesta al fracaso de los presupuestos liberales individualistas en el ámbito social.

---

<sup>76</sup> Es la pesimista visión Hegeliana de la sociedad recogida por GARCIA PELAYO en "Escritos políticos y sociales", antes cit. pag. 128.

<sup>77</sup> LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M, "La disciplina constitucional de la propiedad privada". Ed. Tecnos, Madrid 1988, pag. 60. DE VEGA GARCIA, PEDRO. "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social," cit. pag. 123. Idem. "Significado de la representación política", cit. pag. 34.

La regla de la "perfecta concurrencia", que prescribía que el individuo actuando en su propia ventaja generaría el beneficio general de la comunidad, debía ser invertida en su sentido, interpretándola de la siguiente manera: el individuo actuando en la consecución del interés general de la comunidad obtendrá, a consecuencia de ello, su propio beneficio.<sup>78</sup>

Es decir, se trata de procurar que ya no sea la comunidad para el individuo, sino el individuo para la comunidad.<sup>79</sup> Tal y como precisa IHERING, "ya no es que actuando el individuo para sí se obtenga el beneficio de la comunidad, sino que actuando para la comunidad se obtiene el beneficio del individuo".<sup>80</sup>

Para conseguir la inversión de la mentada regla el Estado ha de dejar de permanecer inactivo como un mero guardián nocturno o protector y ha de asumir un papel de protagonista activo en las relaciones sociales.

En este sentido, LASSALLE, quien de manera convencida había caracterizado al Estado como un "vigilante nocturno", cambia de posición, y tras repudiar la vieja idea burguesa del Estado simple celador de seguridad y propiedades, pasa a reivindicar como su verdadera naturaleza moral la función de creación de las condiciones sociales suficientes para hacer efectiva la libertad del ser humano.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> El eslogan de MANDEVILLE "*private vice, public benefits*" se ha transformado en "*public benefits, private vice*". ORESTANO, RICCARDO. "Teoria e storia dei diritti soggettivi", en "Il Diritto Privato nella società moderna". Saggi a cura di S. Rodotà. Ed. Il Mulino, Bologna 1971, pag. 106.

<sup>79</sup> Son palabras de UGO NATOLI ("Diritto soggettivo, Ed. Giuffrè, Milano 1943, pag 1) que acertadamente retoma ORESTANO, RICCARDO. "Teoria e storia dei diritti soggettivi", cit. pag. 106.

<sup>80</sup> IHERING, RUDOLF VON. "El fin en el Derecho". Ed. Heliasta. Buenos Aires 1978, pag. 47.

<sup>81</sup> Este cambio de posición vino a quedar de manifiesto en el Discurso que LASSALLE pronuncia el 12 de abril de 1862 dedicado a perfilar "el programa de los trabajadores". Al respecto Vid. GARRORENA MORALES, ANGEL. "El Estado español como Estado Social y Democrático de



Se piensa ahora que la auténtica naturaleza del Estado no consiste en asumir un comportamiento absentista permaneciendo inactivo, sino que ha de participar activamente, como un sujeto más integrante del entramado social.<sup>82</sup>

En este contexto, la finalidad que ha de perseguir la intervención del Estado es la consecución de una mayor equidad en las relaciones sociales, especialmente en la derivadas del ejercicio de la propiedad privada, para alcanzar así la corrección de las desigualdades fácticas y la eliminación de los desequilibrios sociales a los que había avocado el liberalismo a ultranza.

Con este objetivo el Estado debe asumir la competencia de garantizar la subsistencia de todos los ciudadanos y, en particular, la de aquellos que habían caído en una situación de necesidad social,<sup>83</sup> asegurando al individuo la satisfacción de necesidades mínimas que le permitan vivir en dignas condiciones de existencia.<sup>84</sup>

---

Derecho", antes cit. pag. 32.

<sup>82</sup> Es meridianamente claro que la actitud intervencionista y dirigista que ahora se exige al Estado influye directamente en su estructuración. Bajo la nueva situación el Estado pasa a ocupar un papel muy importante en la regulación de la vida social, adquiriendo, en congruencia con ello, una cantidad ingente de funciones y competencias que anteriormente le eran ajenas. El aumento de las funciones que ahora le corresponde ejercitar al Estado contribuye a modificar tanto desde el aspecto cuantitativo, como cualitativo su estructura. Desde el punto de vista cuantitativo, al adquirir mayores funciones, el aparato estatal aumenta de tamaño. Desde la perspectiva cualitativa, la estructura estatal se complica haciéndose verdaderamente compleja. Así, tal y como nos precisa VANOSSI (*El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, cit. pag. 357), "de un Estado pequeño (su aparato), se pasa a un Estado complejo y costoso, dotado de nuevos órganos investidos de nuevas funciones y en ejercicio de nuevas competencias".

<sup>83</sup> FORSTHOFF, ERNST. "Problemas constitucionales del Estado Social", en AA.VV. "El Estado Social", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, pags. 48 y 49.

<sup>84</sup> Como nos enseña ABENDROTH, "era ciertamente justo y necesario que el Estado otorgara protección a aquellos grupos de población que cayeran en la miseria y que no podían salir de ella por sí mismos. Véase ABENDROTH, WOLFGANG. "El Estado de Derecho Democrático y Social", en AA.VV. "El Estado Social", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, pag. 29.

El Estado inicia así una labor prestacional<sup>85</sup> que permite al ciudadano la consecución de una serie de metas y objetivos que aisladamente nunca podría lograr. En esta misma línea argumentativa afirmaba LASSALLE que "la razón del Estado no consiste, pues, en proteger tan sólo la libertad personal y la propiedad privada, sino más bien en ayudar a cada individuo a que consiga sus objetivos, elevar su nivel de vida hasta el punto que se considere justo para el ser humano, y poseer una cultura, un poder y una libertad que jamás lograría aislado".<sup>86</sup>

Por lo tanto, las libertades y, en concreto la libertad económica, dejan de ser meros derechos de resistencia frente a la acción estatal, para dar pie, precisamente a esta acción que se configura ahora como un presupuesto fundamental para su plena efectividad.

El desarrollo de esta función prestacional lleva paulatinamente a considerar que el Estado ya no es un "molesto compañero" cuya actuación hay que evitar, sino un "amigo desinteresado" cuya acción se convierte ahora en imprescindible para lograr la efectiva y material realización de los derechos individuales.<sup>87</sup> Esto comporta que el individuo ya no tiene solamente derechos al margen o ante el Estado, sino que la nueva concepción de los derechos individuales desemboca en pretensiones ejercitables en el Estado o dentro del

---

<sup>85</sup> Esta nueva función que ha de ser asumida por el Estado lleva a SCHNEIDER a calificarlo como "Estado Prestatario" (*Leistungstat*), ya que las tareas de éste ya no se agotan en su papel protector, preservador, regulador y sólo ocasionalmente interventor, sino que van progresivamente insistiendo en una activa prestación de servicios y distribución de bienes. Sobre esta materia, Vid. SCHNEIDER, HANS PETER. "Democracia y Constitución". Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, pag. 144. En el mismo sentido IRTI ("Società Civile", cit. pag. 169.) reconoce la labor prestacional que al aparato estatal le corresponde desempeñar bajo el actual Estado Social, cuando afirma que "mientras que el Estado de Derecho garantiza la libertad mediante limitaciones de la propia esfera, el Estado Social garantiza las pretensiones de los particulares mediante prestaciones positivas".

<sup>86</sup> Citado por J. DROZ, "Alemania" (I), Ed. Vicens Vives, Barcelona 1973, pag. 275.

<sup>87</sup> MENDER, ANTON. "El Derecho Civil y los pobres", antes cit. pag. 266.

Estado.<sup>88</sup>

Se produce, en definitiva, una socialización del Estado a la que acompaña una correlativa estatalización o politización de la Sociedad.<sup>89</sup> La sociedad comienza a necesitar del Estado, a la vez que éste toma conciencia de la creciente participación, influencia y repercusión de la estructura social en sí mismo.

El individuo comienza a buscar en el Estado aquello que no encuentra en la sociedad, generando, como destaca CARLOS DE CABO, una "politización" de las sociedades modernas en cuanto que apenas hay problemática o reivindicación que no se convierta inmediatamente en demanda al Estado y produzca una intervención política.<sup>90</sup>

La realización del interés general de la comunidad social se convierte ahora en uno de los principios fundamentales que ha de regir la actuación del Estado. De este modo, la sociedad, que durante el Siglo XIX constituye un mero dato condicionante de la actividad administrativa, se transforma, con la crisis del sistema burgués, en terminología de FORSTHOFF, de dato en mandato para la Administración.<sup>91</sup> En este sentido hablamos de una socialización del Estado.

---

<sup>88</sup> FORSTHOFF, ERNST. "Problemas constitucionales del Estado Social", antes cit. pag. 50. Idem. "El Estado de la sociedad industrial", antes cit. pags. 250 a 252. VANOSSI, JORGE REINALDO, "El Estado de Derecho en el constitucionalismo social", cit. pag. 358.

<sup>89</sup> DE VEGA GARCIA, PEDRO. "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social", cit. pag. 123. DE CABO MARTIN, CARLOS. "La crisis del Estado Social", antes cit. 40.

<sup>90</sup> DE CABO MARTIN, CARLOS. "La crisis del Estado Social", antes cit. pag. 39. DE VEGA GARCIA, PEDRO. "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social", cit. pag. 123. Más recientemente, REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", antes cit. pag. 90.

<sup>91</sup> De la misma opinión, FORSTHOFF, ERNST. "Concepto esencial el Estado Social de Derecho", antes cit. pags. 77 y 78. Idem. "El Estado de la Sociedad Industrial", antes cit. pags. 31 y 32.

En síntesis, la sociedad deja de ser el campo donde aparece la espontánea actuación de las voluntades individuales, para convertirse en lugar de encuentro de un complejo conjunto de grupos y organizaciones en el que protagonismo del individuo, correspondiente al Antiguo Orden, desaparece totalmente, siendo sustituido por una potenciación definitiva del Estado como medio idóneo para la solución de los problemas que el libre juego de la competencia social se muestra incapaz de resolver.<sup>92</sup>

Para corregir las nefastas consecuencias a las que había avocado el orden liberal no era suficiente con que la intervención estatal se proyectase únicamente en el ámbito social, sino que además era necesario que ésta también actuase en el seno de las relaciones y procesos económico-productivos.<sup>93</sup>

La práctica había evidenciado que la política económica del viejo individualismo carecía ya de sentido. La profunda crisis económica a la que llevó el sistema de mercado autorregulado, puso de relieve la ineptitud del capital para regirse por sí mismo. La mano invisible de ADAM SMITH había sido incapaz de convertir los beneficios individuales en públicos. La consecución del provecho individual no produjo, mediante la perfecta concurrencia, el bien general de la comunidad, sino que, por el contrario, favoreció el interés egoístico de la acumulación. En suma, el sistema liberal había colocado en una situación de "estado de necesidad" a la economía capitalista, ya que se mostraba incapaz de

---

<sup>92</sup> DE VEGA GARCIA, PEDRO. "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social", antes cit. pag. 123.

<sup>93</sup> En torno a la necesidad de que la intervención estatal se proyecte tanto en el ámbito social como en el económico se han manifestado entre otros los siguientes autores: BARCELLONA, PIETRO y CANTARO, ANTONIO. "El Estado Social entre crisis y reestructuración", en AA.VV. "Derecho y economía en el Estado Social", Ed. Tecnos, Madrid 1988, pags. 56 y 57. DE CABO MARTIN, CARLOS. "La crisis del Estado Social", Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona 1986, pag. 32 y ss.

autogobernarse según los mecanismos de mercado.<sup>94</sup>

Por lo tanto, el propio desarrollo del capitalismo advirtió la imposibilidad de prolongar los esquemas económicos del liberalismo individualista y generó la necesidad de acudir a una "dirección consciente" de la economía que, mediante la introducción de los oportunos correctivos de intervencionismo público en sentido comunitario<sup>95</sup>, mantuviese el sistema en funcionamiento como un "capitalismo razonable", conducente a un desarrollo económico equilibrado y acorde con el progreso civil y social.<sup>96</sup> Todo aconsejaba que la acción de la mano invisible fuese sustituida por la dirección de la mano pública.<sup>97</sup>

En este sentido y debido a las aportaciones de PIGOU y KEYNES, empezó a tomar cuerpo el enfoque de los fallos del mercado, consistente en la creencia de que éste no garantiza la asignación suficiente y la decuada distribución de los recursos. Se defendió teóricamente la intervención estatal para corregir dichos fallos, y se acometió una profunda

---

<sup>94</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Gobierno de la economía y empresa pública", ya cit. pag. 161. Idem. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", cit. pag. 129. Del mismo autor, "Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales", antes cit. pag. 49.

<sup>95</sup> COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", cit. pag. 311. GARRORENA MORALES, ANGEL. "El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho", antes cit. pag. 40.

<sup>96</sup> ROJO, LUIS ANGEL. "Interdependencia y desarrollo". Ponencia presentada en la VI Sesión Plenaria del VII Congreso Mundial de Economía, Madrid 5 a 9 de Septiembre de 1983. Ed. Ilustre Colegio de Economistas de Madrid. Recogido en "Lecturas de historia económica", cit. pag. 407. GALGANO, FRANCESCO. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", cit. pag. 129. Idem. "Gobierno de la economía y empresa pública", antes cit. pag. 161. LUCARELLI, FRANCESCO. "Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici", antes cit. pag. 272.

<sup>97</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Las instituciones de la Economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales", antes cit. pags. 38 y ss. Idem. "Gobierno de la economía y empresa pública", cit. pag. 160. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", antes cit. pag. 129. Idem.



reestructuración, terminando así con la idea abstencionista del Estado liberal.<sup>98</sup>

Se estima, pues, que el Estado ha de asumir un nuevo papel en relación con los procesos económicos-productivos. El poder estatal ya no ha de fijar sólo el marco jurídico-formal en el que se desarrolla la actividad económica, sino que, por el contrario, ha de hacer suya la tarea de intervenir activamente y participar en el ámbito económico.

En suma, al Estado le compete ahora la función de disciplinar y organizar "el orden económico desordenado" mediante su intervención, actuando como guía que dirige su desarrollo.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Gran parte del mérito de KEYNES radica en operar la inversión de la regla de SAY (*"Traité d'économie politique"*. Libro I. París 1803), quien basaba el equilibrio económico en la idea de que para aumentar la demanda era necesario previamente incrementar la oferta. Para J. B. SAY, la propiedad individual incrementa la producción, debido a que el estímulo del interés individual personal elimina la pereza y el despilfarro. Al contrario, KEYNES mantenía que para salir de la crisis económica no era necesario aumentar la oferta, sino, por el contrario, agregar la demanda, fundándose en el dato de que sólo un crecimiento de ésta generaría el correspondiente incremento de aquélla. Ello únicamente sería posible recurriendo a medidas estatales en base a las cuales se consiguiese desarrollar el poder adquisitivo de la sociedad. A su vez, éste sólo podría verse favorecido si se pusiese en marcha una política de pleno empleo. Al respecto, KEYNES observaba que el objetivo de la plena ocupación, no se realiza espontáneamente, sino que requiere una intervención del Estado al cual corresponde la función de introducir una "demanda agregada". Por consiguiente, este tipo de razonamientos llevan a la conclusión de que es conveniente que los poderes públicos intervengan en el ámbito económico para modificar la tendencia al consumo y para socializar una parte de las inversiones. Sobre lo anteriormente puesto de manifiesto, Vid. CARBONNIER, JEAN. "Derecho Civil", Tomo II, Vol. II. Situaciones jurídico reales. Trad y notas de M. Zorrilla. Ed. Bosch, Barcelona 1965, pag. 150. ULRICH K. PREUSS, "El concepto de los derechos y el Estado de Bienestar. En AA.VV. "Problemas de legitimación en el Estado Social", dirigida por E. Olivas, Ed. Trotta, Madrid 1991, pag. 68. BARCELLONA, PIETRO y CANTARO, ANTONIO. "El Estado Social entre crisis y reestructuración", cit. pags. 56 y 57. GARCIA COTARELO, RAMON. "Crisis y reformulación del Estado de Bienestar", en AA.VV. "Derecho y Economía en el Estado Social", Ed. Tecnos, Madrid 1988, pags. 20, 21 y 22. GONZALEZ TEMPRANO, ANTONIO y TORRES VILLANUEVA, EUGENIO. "El Estado del Bienestar en los países de la OCDE", Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992, pag. 27.

<sup>99</sup> Esta nueva faceta del Estado ha sido recalcada de manera muy expresiva por DIEZ PICAZO, LUIS. (*"Constitución, Ley y Juez"*, antes cit. pag. 11) cuando lo califica como "el director de la orquesta económica". En la misma manera HEDEMANN ha calificado al Estado del Siglo XX como un rector de la economía, al precisar que "en todos los pueblos de Europa el Estado se sitúa hoy, próximos a la mitad del Siglo XX, en una posición respecto la economía totalmente distinta de aquélla

Es precisamente en este sentido de organización y dirección general como ha de ser correctamente valorada la intervención estatal, ya que en ningún caso se pretende una total colectivización de la economía. Por el contrario, se aboga por una tesis mixta en la que la propiedad privada y la iniciativa económica individual deben ser mantenidas, pero ahora dirigidas, coordinadas y limitadas por el Estado a fines de interés general.<sup>100</sup>

Como consecuencia de esta creciente intervención estatal en el ámbito económico y social, podemos concluir que a comienzos del Siglo XX la dicotomía Estado-sociedad postulada por el orden liberal se muestra totalmente superada.<sup>101</sup> A partir de este momento uno y otro aparecen como una realidad inescindible.

Esta nueva forma de concebir la relación sociedad-Estado y el papel que cada uno de ellos asume en la misma, supone que la actuación del aparato estatal ya no puede configurarse como meramente excepcional para situaciones puntuales en las que surja una disfunción del

---

que mantuviera en el Siglo XIX. El Estado rige la economía. No solamente tiene súbditos personales, humanos, sino que también le está sometida la economía en su conjunto". Vid. HEDEMANN, JUSTUS WILHELM. "El Derecho Económico". RDP XXVII, 1943, pag. 281. SCALFI, GIANGUIDO. "Manuale di Diritto Privato" Tomo I, antes cit. pag. 26.

<sup>100</sup> Se trata de la "teoría mixta" de la economía que fervientemente defendiera KEYNES en el período de entreguerras. Vid. KEYNES, JOHN MAYNARD. "El fin del Laissez faire", antes cit. pag. 319 y ss. DIAZ DE LA GUARDIA, CARLOS. "La revolución keynesiana", en "Lecturas de Historia Económica", Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1983, pags. 255 y ss. COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 311.

<sup>101</sup> Al fin de la dicotomía Estado-Sociedad se ha referido ERNST FORSTHOFF cuando afirma que "la separación Estado-Sociedad empieza y acaba con las Constituciones jurídicas liberales". Es en este momento en el que el citado autor alude, recordando palabras de HANS FREYER, al "entrecruzamiento de la Sociedad y el Estado". Sobre esta cuestión Vid. FORSTHOFF, ERNST. "El Estado de la sociedad industrial", cit. pags. 27 y 31. Por otra parte, y ya en la doctrina española, LAVILLA ALSINA, LANDELINO ("La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, Francia, Italia, España". Ed Cívitas, Madrid 1991, pags. 32 y 33) valora prudentemente el fin de la dicotomía Sociedad-Estado, ya que para este autor es cierto que ya no existe confusión entre Sociedad y Estado, pero ello no quiere decir que se pueda mantener una total separación entre ellos.

sistema autorregulado. La excepción se ha transformado en regla, pues la intervención estatal se ve ahora como un adecuado instrumento para la consecución de las necesidades económicas y sociales de la entera colectividad.

Ahora bien, la intensa mutación operada en la concepción de las relaciones sociedad-Estado no implica que este último pueda intervenir libremente. El Estado ha de seguir estando sujeto a la ley, pero ésta debe permitir, a su vez, que aquél actúe impulsando a la sociedad en su desarrollo.

La nueva realidad no supone en absoluto cuestionarse el mantenimiento del Estado de Derecho, sino únicamente dotar a éste de un contenido económico y social,<sup>102</sup> porque la finalidad garantística y protectora de este modelo de Estado no ha desaparecido

No obstante, el Estado de Derecho ha de aportar ahora el conjunto de sus medios para la realización de objetivos de intenso sentido social.

Aunque es cierto que no se reniega del principio de legalidad, no es menos cierto que éste varía en su contenido, ya que asume un agudo compromiso social. La ley ha de contribuir a crear las condiciones necesarias que hagan posible un fortalecimiento de la sociedad, y de sus miembros, con especial atención a sus sectores más necesitados.<sup>103</sup>

Se trata simplemente de operar un cambio en la concepción de la ley, la cual ya no

---

<sup>102</sup> HELLER, HERMANN. "Escritos políticos", antes cit. pag. 283 y ss. GARCIA PELAYO, MANUEL. "Las transformaciones del Estado contemporáneo". Alianza Editorial, Madrid 1982, pag. 17.

<sup>103</sup> VANOSSI, JORGE REINALDO. "El Estado de Derecho en el constitucionalismo social", antes cit. pag. 357.

puede ser vista como medio que garantice el libre desenvolvimiento de la existencia burguesa.<sup>104</sup> Por el contrario, la acción legislativa ha de procurar la satisfacción de las necesidades de la sociedad en su conjunto, sin primar o favorecer a ninguna clase social específica.

## II. EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACION DE LAS RELACIONES JURIDICO PRIVADAS. LA CONSTITUCION ALEMANA DE WEIMAR Y SUS CONSECUENCIAS.

Las reivindicaciones de carácter social planteadas desde las agitadas jornadas parisinas de 1848, comienzan a tener respuesta en toda una gama de leyes especiales que ven la luz a finales del Siglo XIX<sup>105</sup> y posteriormente encuentran acomodo en los Textos Constitucionales que se promulgan desde la segunda década del Siglo XX.

Así, la Constitución alemana de 1919, asume seriamente la pretensión de crear un orden jurídico, económico y social justo, dando cabida a todo un conjunto de nuevos principios que, por primera vez en la historia del constitucionalismo, entrañan la recepción en un texto constitucional de la ideología socialdemócrata y el inicio del surgimiento del

---

<sup>104</sup> VILAS NOGUEIRA, JOSE. "Los valores superiores del ordenamiento jurídico", REDC, núm. 12, Septiembre-Diciembre 1984, pags. 89 y 90.

<sup>105</sup> Ciertamente este tipo de medidas legislativas se adoptaron ya a partir de los años ochenta del Siglo XIX en el seno del Reich guillermiano, en donde se generó una considerable legislación social que incluía seguro de enfermedad, seguro de vejez, subsidios de desempleo, etc. Más ampliamente, y sobre el Mensaje Imperial de 1881 en el que el Kaiser Guillermo I se compromete a la adopción de las citadas medidas legislativas, véase ABENDROTH, WOLFGANG. "El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político", antes cit. pag. 29. GARRORENA MORALES, ANGEL. "El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho", cit. pags. 37 y 38. GARCIA COTARELO, RAMON. "Crisis y reformulación del Estado de Bienestar", cit. pag. 19.

Estado social, como punto intermedio entre el capitalismo y el socialismo.<sup>106</sup>

En este ámbito, la citada Norma Fundamental nace presidida por un profundo espíritu socializante que supone la incorporación, junto a los clásicos derechos individuales, de una nueva categoría de derechos denominados económico-sociales, a la vez que se juridifica a nivel constitucional la propiedad y otras instituciones privadas.

La Constitución del Reich contempla, de una parte, un gran número de cláusulas económicas y sociales dirigidas a regular los procesos productivos, la actividad prestacional del Estado y su intervención en la economía, pero, por otra parte, también recibe en su seno a la propiedad y otras instituciones privadas.

Ante esta afirmación nos podríamos preguntar en qué lugar se encuentra el aspecto novedoso de corte socializante, ya que, como es generalmente conocido, la propiedad privada aparece ya reconocida en las primeras Declaraciones de Derechos y Constituciones del orden

---

<sup>106</sup> En sentido estricto, podemos decir que la primera vez que se reciben a nivel constitucional los derechos económicos y sociales fue en la Constitución Mejicana de Querétaro en 1917. No obstante, aunque este texto constitucional gozaba de un marcado sentido social, la doctrina mayoritaria ha creído ver en la Constitución alemana de 1919 una mayor trascendencia en orden a la constitucionalización del Derecho Privado y el subsiguiente nacimiento del Estado Social. De este modo, los estudios que se refieren al análisis de los derechos sociales en las Constituciones, al nacimiento del Estado Social e indirectamente (muy escasos) a la constitucionalización del Derecho Privado, normalmente resaltan la capital relevancia de la Constitución de Weimar en este proceso, mientras que sólo por alusiones se refieren a la Constitución Mejicana de Querétaro. Ejemplo de ello puede ser la obra de REY MARTINEZ "La propiedad privada en la Constitución española", cit. pag. 109. Algunas directrices generales sobre la Constitución de Querétaro nos las facilita FERNANDO SUAREZ en "Los derechos sociales en la Constitución", cit. pags. 205 y ss. Más en general, sobre el trascendente cambio que supone la Constitución de Weimar Vid, entre otros autores: HELLER, HERMANN. "Escritos Políticos", antes cit. pags 169 y ss. ABENDROTH, WOLFGANG. "El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político", antes cit. pags. 117 y ss. FORSTHOFF, ERNST. "Problemas constitucionales en el Estado Social", antes cit. pag. 49, 50 y ss. Idem "Concepto y esencia del Estado Social de Derecho", cit. pags. 75 y ss. HATTENHAUER, HANS. "Conceptos fundamentales del Derecho Civil", Ed. Ariel, Barcelona 1987, pags. 123 y ss. RAISER, LUDWIG. "Il compito del Diritto Privato", antes cit. pag. 169 y ss.

liberal.

Para dar respuesta a este interrogante quizás resulte conveniente acudir al estudio de las circunstancias en las que se gestó el proceso constituyente en la República de Weimar.

La Constitución alemana de 1919 surge de múltiples transacciones entre los divergentes puntos de vista presentes en la Asamblea Constituyente<sup>107</sup>, en cuyo seno, además de fuerzas políticas de tendencia demoliberal que pretendían el mantenimiento de una economía capitalista basada en la propiedad privada de los medios de producción y en la existencia del mercado, existían también (como efecto del reconocimiento del sufragio universal, que permitió ejercer el derecho al voto a las masas obreras y trabajadoras)<sup>108</sup> otras fuerzas políticas que postulaban la instauración de un régimen económico socialista mediante la abolición de la propiedad privada y la colectivización de los medios de producción.

---

<sup>107</sup> La Constitución de Weimar surgió como producto de la codificación de toda una serie de acuerdos previos. A modo de simple enumeración destacaremos entre otros los siguientes: Acuerdo de 1 de Noviembre de 1918 entre el Mariscal Hindenburg y Fiedirch Ebert. Acuerdo Stinnes-Legier de 15 de Noviembre de 1918. Acuerdo de 22 y 23 de Marzo de 1919 entre el gobierno y el partido social demócrata. Respecto el proceso de nacimiento de la Constitución alemana de 1919, Vid. HATTENHAUER, HANS. "Conceptos fundamentales de Derecho Civil", antes cit. pags. 123 y ss. VANOSSI, JORGE REINALDO. "El Estado de Derecho en el constitucionalismo social", antes cit. pag. 355.

<sup>108</sup> A este respecto, es conveniente tener en consideración que el propio reconocimiento del derecho al voto a las clases trabajadoras, fue quizás resultado de las constantes reivindicaciones sociales, que se plantearon mediante medios de presión como la lucha obrera, la huelga o la sindicación. Tal y como precisa PIETRO BARCELLONA, "la decisión que está en la base de la política gubernamental es el resultado de un lucha, o al menos así acontece históricamente en la evolución de la experiencia socialdemócrata. Todo aquello que se ha obtenido bajo forma de derechos sociales, en realidad, se arrancó mediante aquella forma de violencia legítima que constituyen el derecho a la huelga y la lucha obrera." BARCELLONA, PIETRO. "Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social", pags 34 y 35. PREUSS, ULRICH, K. "El concepto de derechos y el Estado de Bienestar", pag. 67. Ambos en AA.VV. "Problemas de legitimación en el Estado Social", Ed. Trotta, Madrid 1991. GARCIA COTARELO, RAMON. "Crisis y reformulación del Estado de Bienestar", cit. pag. 26.



Debido a motivos tales como la creciente conflictividad y la situación de paro masivo agravadas por la Primera Guerra, la ideología socialista aumentó en muchos enteros su fuerza y poder efectivos.

Ante el reforzamiento de los sectores socialistas y, por lo tanto, ante el temor de que la experiencia de la Revolución Bolchevique se repitiese en Alemania, la burguesía demoliberal presente en la Asamblea constituyente weimariana se vió obligada a retroceder en sus posiciones iniciales para intentar la integración y estabilización del disenso obrero.

De esta forma, la Constitución de Weimar nace sobre la base de lo que la doctrina ha denominado "Compromiso socialdemócrata"<sup>109</sup>, en orden al cual el movimiento obrero renuncia a poner en cuestión el estado de las relaciones de producción, la propiedad privada y el control privado del proceso de acumulación, a cambio de la garantía a que el Estado intervenga en el proceso redistributivo para asegurar condiciones de vida más igualitarias, la seguridad y el bienestar a través de los servicios, la asistencia y también la defensa de la ocupación. Por lo tanto, el Estado debe hacerse cargo del problema de la distribución más equitativa de la riqueza y el pleno empleo.<sup>110</sup> Es decir, se pretende compaginar la existencia del mercado, con una regulación del mismo que posibilite la articulación de políticas redistributivas en favor de los sectores sociales menos favorecidos.

---

<sup>109</sup> Se han referido a la idea del compromiso socialdemócrata, entre otros autores: DARHENDORF, RALF. "Oportunidades vitales". Ed. Espasa-Calpe, Madrid 1983, pags. 145 y ss. HATTENHAUER, HANS. "Conceptos fundamentales del Derecho Civil", antes cit. pag. 123. BARCELLONA, PIETRO y CANTARO, ANTONIO. "El Estado Social entre crisis y reestructuración", cit. pag. 57. BARCELLONA, PIETRO. "Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social", antes cit. pags. 33 y 34. VANOSSI, JORGE REINALDO. "El Estado de Derecho en el constitucionalismo social", antes cit. pag. 355. GARCIA COTARELO, RAMON. "Crisis y reformulación del Estado de Bienestar", cit. pag. 24.

<sup>110</sup> BARCELLONA, PIETRO y CANTARO, ANTONIO. "El Estado Social entre crisis y reestructuración", cit. pag. 57. BARCELLONA, PIETRO. "Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social", pags. 33 y 34.

En este contexto de compromiso y consenso se obtiene la redacción definitiva del Art. 153 de la Constitución de Weimar, que prescribe:

"La propiedad será garantizada por la Constitución. Su contenido y límites se deducen de las leyes. Solamente se podrá expropiar en bien de la comunidad y con fundamento de Derecho, teniendo siempre como contrapartida la correspondiente indemnización, excepto cuando una ley del Reich determine otra cosa. En lo concerniente a la cuantía de la indemnización, se mantendrá abierta en caso de litigio la vía legal de los tribunales competentes, excepto cuando una ley del Reich determine lo contrario. Las expropiaciones hechas por el Reich a Länder, municipios, y asociaciones de uso público, sólo podrán efectuarse mediante indemnización. La propiedad obliga. Su uso debe servir al bien de la comunidad".

Del tenor literal del citado precepto parece deducirse que la propiedad deja de ser concebida como un derecho natural inviolable, sagrado y de mera resistencia frente a la acción gubernamental, para quedar su ejercicio ligado (por obligaciones jurídicas) inescindiblemente al bien de la comunidad. Ligazón que legitima la imposición en vía legislativa de límites que, lejos de ser considerados excepcionales, se encuadran dentro de la normalidad.

De esta manera, la Constitución alemana de 1919 pretende la consecución, en el ejercicio del derecho de propiedad, de un delicado equilibrio entre el interés individual y el bien social de la comunidad. Equilibrio que se pone de manifiesto cuando observamos que, por un lado, la Constitución garantiza el derecho de propiedad ("La propiedad será garantizada por la Constitución"), pero, por otro lado, se habilita a la ley para que limite y

module su contenido, eso sí, siempre en base a la realización del bien de la comunidad ("su contenido y límites se deducirán de las leyes [...]. Su uso debe servir al bien de la comunidad").

Por lo tanto, la vital trascendencia de la Constitución del Reich estriba en operar una radical transformación en la configuración jurídica-constitucional de la propiedad privada que había asumido el orden liberal.

Ahora, se juridifica a nivel constitucional, no sólo las relaciones ciudadanos-Estado, sino también las relaciones de los particulares entre sí, imponiéndoles límites en beneficio de la colectividad. De este modo, se produce por vez primera en Weimar la constitucionalización del Derecho Privado.

La Constitución del Reich no ve la luz con la única pretensión de regular las relaciones jurídico-públicas que se entablan entre el Estado y los individuos a él sometidos, sino igualmente con la firme intención de juridificar las relaciones entre ciudadanos privados, convirtiéndose así en una adecuada respuesta al despotismo económico de los particulares.

En este orden de cosas, la propiedad privada deja de concebirse como un mero derecho de resistencia frente a la acción gubernamental, para transformarse en un derecho normalmente limitable mediante intervenciones legislativas, siempre legitimadas por la consecución del interés general de la comunidad social.

Sin embargo, en Weimar fue más la ilusión que la realidad.

La Constitución Weimariana había aparecido en un momento de máximo poder

socialista. Empero, cuando éste decayó, tras las primeras elecciones generales de 1920, las declaraciones de contenido social recogidas en la Carta se convirtieron en meros programas políticos faltos de auténtica eficacia y aplicación efectiva.<sup>111</sup>

En este sentido, RAISER afirma que "fue el compromiso en el que se asentó la Constitución de Weimar el que la privó de auténtica fuerza reformadora",<sup>112</sup> al impedir la articulación de los mecanismos suficientes para garantizar y hacer efectivo el cumplimiento de los derechos económicos y sociales, programados en la misma.

Sería preciso esperar a la Ley Fundamental de Bonn para que los principios económicos y sociales, que, en un primer momento, se recogen en Weimar tengan total efectividad, porque es entonces cuando la ideología socialdemócrata se asienta y el Estado social pasa a ser una realidad consolidada.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> Sobre este punto estimaba ABENDROTH que a partir de la Revuelta de Kapp y las posteriores elecciones generales de 1920, "quedó claro lo que en realidad antes había sido ya decidido, a saber, que la República de Weimar, en contra del texto constitucional seguiría siendo una República liberal. [...] La jurisprudencia de la República de Weimar transformó muy pronto en meras fórmulas vacías las exigencias de contenido social estereotipadas en la Constitución, al afirmar que se trataban de fórmulas programáticas que carecían de significación concreta y no tenían carácter vinculante para el legislador del Reich." ABENDROTH, WOLFGANG. "El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político", *antes cit.* pag. 19. En la misma dirección se manifiesta FORSTHOFF, cuando refiriéndose a la efectividad en la aplicación de las cláusulas sociales contenidas en Weimar, afirma que "las normas de contenido social hubieron de ser relegadas en buena parte, por así decirlo, en la antesala del Derecho Constitucional establecido", a lo que añade "la caracterización de las cláusulas sociales de la Constitución de Weimar como un conglomerado de programas de partido se encuentra igualmente en las críticas a las promesas sociales del Preámbulo". Vid. FORSTHOFF, ERNST. "Concepto y esencia del Estado Social de Derecho", *cit.* pags. 76 y 77.

<sup>112</sup> RAISER, LUDWIG. "Il compito del Diritto Privato", *antes cit.* pags. 172 y 173. SALVIOLI, GIUSEPPE. "El Derecho Civil y el proletariado", *cit.* pag. 64.

<sup>113</sup> Aunque es cierto que, como había declarado HENSEL, apenas texto constitucional alguno había expresado la idea de lo social con tan consistencia y tan ampliamente como lo hizo la Constitución de Weimar, no es menos cierto que en ningún lugar de su articulado se declaraba expresamente que la República de Weimar fuese un Estado Social. Sin embargo, la GG. sí reconoce de manera expresa que la República Federal Alemana es un Estado Social. La prueba la encontramos en los Arts. 20.1 y 28.1 GG: Art. 20.1 GG. "La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social".

A diferencia de Weimar, las cláusulas económicas y sociales incluidas en la *Grundgesetz*, encuentran inmediata aplicación práctica, ya que se adoptan todas las medidas y garantías necesarias para asegurar la efectiva vinculación a la Norma Fundamental de la totalidad de los poderes públicos y de los ciudadanos.

Solamente de esta manera se podrá otorgar a un texto constitucional la calificación de Constitución Social de Derecho.<sup>114</sup>

### III. CONSECUENCIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PRIVADO EN ORDEN AL SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL DERECHO COMUN.

#### 1. LAS RELACIONES CODIGO CIVIL Y CONSTITUCION.

La verdadera trascendencia de Weimar radica en dotar a las nuevas Constituciones de un dimensión distinta a la que tenían a comienzos del Siglo XIX.<sup>115</sup>

A partir de la Constitución alemana de 1919 y, particularmente, desde el Texto Fundamental italiano de 1948 y la *Grundgesetz* de 1949, las Constituciones comienzan a albergar la regulación de instituciones y la garantía de derechos que tradicionalmente no

---

Art. 28.1 GG. "El orden constitucional de los Länder deberá ajustarse a los principios básicos del Estado de Derecho, republicano, democrático y social de la Ley Fundamental." Sobre el tema véase: ABENDROTH, WOLFGANG. "El Estado de Derecho Democrático y Social", antes cit. pags. 13 y 17. FORSTHOFF, ERNST. "Concepto y esencia del Estado Social de Derecho", cit. pag. 75.

<sup>114</sup> FORSTHOFF hace especial incapié en esta idea al resaltar como condición esencial para que una Constitución pueda ser calificada de social, el dato de que las garantías sociales no pueden ser relegadas en la región vaporosa de un promesa meramente programática. Vid. su obra "Concepto y esencia del Estado Social de Derecho", antes cit. pag. 89. En la doctrina española. COSSIO DIAZ, JOSE RAMON. "Estado Social y derechos de prestación", cit. pag. 32.

<sup>115</sup> De la misma opinión es LASARTE ALVAREZ, CARLOS. "Autonomías y Derecho Privado en la Constitución española", Ed. Cívitas, Madrid 1980, pag. 37.

tenían cabida en las mismas<sup>116</sup>, pero al mismo tiempo también se opera en ellas una radical variación en la forma de concebir otras instituciones y derechos que con anterioridad ya tenían acogida en las Cartas Fundamentales.

Así pues, esta transformación en la naturaleza de las Constituciones a la que ahora aludimos puede ser apreciada tanto desde una perspectiva cuantitativa, como cualitativa.

Desde el punto de vista cuantitativo las Constituciones experimentan una ampliación de su contenido.<sup>117</sup>

Las modernas Normas Fundamentales, surgidas bajo la vigencia del Estado Social, enriquecen el catálogo tradicional de los derechos de libertad con nuevas figuras ligadas a una distinta valoración del hombre y de las relaciones económicas y sociales.<sup>118</sup> Así, junto a los clásicos derechos individuales aparece recogida una nueva categoría de derechos denominados "económico-sociales", los cuales se establecen en beneficio de aquellos grupos o sectores sociales que tradicionalmente habían ocupado posiciones menos favorecidas.<sup>119</sup> Además, se

---

<sup>116</sup> Ibidem Supra.

<sup>117</sup> Ya desde antes de mediados del presente Siglo, los textos constitucionales dejan de aparecer como un sencillo y breve catálogo o declaración de derechos, para desarrollar su contenido mediante un amplio y minucioso articulado. En este sentido, es como la doctrina comienza a calificar a los Textos Constitucionales como "Constituciones extensas". Así GIORGIANNI al referirse a las Constituciones posteriores a 1919 habla de "Costituzioni lunghe", (GIORGIANNI, MICHELE. "Il Diritto Privato e i suoi attuali confini", antes cit. pag. 401). En la misma línea, SCALFI, GIANGUIDO. "Manuale de Diritto Privato", Tomo I, antes cit. pag. 23. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS. "El Derecho Civil a finales del Siglo XX", Ed. Tecnos, Madrid 1991, pag. 79. Respecto la ampliación del contenido en las Constituciones, DE CABO MARTIN, CARLOS. "La crisis del Estado Social", antes cit. pag. 19.

<sup>118</sup> IRTI, NATALINO. "La edad de la descodificación", Ed. Bosch, Barcelona 1992, pag. 24.

<sup>119</sup> Los sujetos de los derechos económico-sociales son únicamente aquellos que pertenecen a ciertos sectores sociales o desempeñan determinadas funciones en la colectividad. Se trata de derechos con "nombre y apellidos", por ejemplo, los derechos del trabajador, los derechos de la familia, los derechos de la clase pasiva, los derechos del niño, etc. VANOSSI, JORGE REINALDO. "El Estado



incorporan también un conjunto de normas que van dirigidas a regular los procesos económicos-productivos y el comportamiento que le corresponde al Estado respecto los mismos.

Desde la perspectiva cualitativa, las Constituciones dejan de ser meras declaraciones programáticas carentes de eficacia y aplicabilidad inmediata, para convertirse en auténticas normas jurídicas que, colocándose en la cúspide de la pirámide normativa, vinculan a todos los poderes públicos y a los ciudadanos.

A lo largo del Siglo XIX, el legislador, en cuanto se refiere a las normas de conducta, tenía en la Constitución sólo las directrices generales de su actuar, pero no hallaba en ella disposiciones vinculantes que condicionaran jurídicamente su comportamiento.<sup>120</sup> Sólo desde el período de entreguerras, el poder legislativo se encuentra directamente vinculado a la Constitución. Vinculación que se hace particularmente efectiva con el mecanismo de la justicia constitucional, ya que el control de constitucionalidad obliga al legislador a respetar en su actuación los valores y derechos constitucionales si no quiere ver anulada su labor como inconstitucional.<sup>121</sup>

Si bien la mutación ahora referida reviste una indudable trascendencia, ésta no puede hacernos ignorar otra transformación cualitativa de no menos importancia: tras 1919 los textos

---

de Derecho en el constitucionalismo social", antes cit. pag. 358.

<sup>120</sup> COSSIO DIAZ, JOSE RAMON. "El Estado Social y derechos de prestación", antes cit. pag. 98. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. Prólogo a la obra de ENRIQUE ALONSO GARCIA "La interpretación de la Constitución", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, pag. XVIII. PEREZ ROYO, JAVIER. "Las fuentes del Derecho", Ed. Tecnos, Madrid 1984, pags. 18 y 19.

<sup>121</sup> DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. "El Derecho Civil y la Constitución", en RDP, año XXII, núm. 257, Febrero 1935, pag. 47. Como había resaltado HANS KELSEN, la justicia constitucional es ante todo control de constitucionalidad.

constitucionales dejan de ser sólo respuesta al despotismo político para comenzar a serlo también al despotismo económico.<sup>122</sup>

Las Constituciones ya no son únicamente un mecanismo jurídico cuya misión consista en asegurar la libertad del individuo frente a la arbitrariedad política que pudiese provenir de la acción estatal, sino que se convierten, a partir de este momento, en una sólida garantía frente al desmesurado poder económico que puede ser ejercitado por privilegiados "de facto" desde la sociedad civil.<sup>123</sup>

Consiguientemente, los textos fundamentales ya no se encargan tan sólo de regular las relaciones ciudadano-Estado, protegiendo a aquél frente a éste. Por el contrario, ya desde Weimar se juridifican a nivel constitucional las relaciones recíprocas entre los individuos, a la vez que se articula la necesaria protección frente a los potenciales ataques que de éstos mismos pudiesen provenir<sup>124</sup>, ya aisladamente o bien reunidos en grupos.

La Constitución no se limita ya a la ordenación de la vida estatal, dedicándose exclusivamente a la organización y actividad de los poderes públicos, así como sus vínculos con los ciudadanos. Por el contrario, sus normas, abarcan también -de forma especialmente clara en garantías como la propiedad, la familia y el matrimonio- las relaciones entre los particulares, fijando así las bases de la ordenación de la vida no estatal.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", cit. pags. 58 y 58/1.

<sup>123</sup> GALGANO, FRANCESCO. *Ibidem Supra*. Igualmente "Diritto Civile e Commerciale", cit. pags. 82 y 83. También del mismo autor "Diritto Privato", antes cit. pag. 47.

<sup>124</sup> *Ibidem Supra*.

<sup>125</sup> En este sentido, y en relación con la Constitución italiana de 1948, señala IRTI que "la Constitución Republicana [...] penetra dentro del Derecho Privado, reconociendo la autonomía de la familia, de las comunidades menores, asignando a la propiedad una función social, regulando el

De este modo, las Constituciones ya no aparecen sólo como fuente suprema del Derecho Público, reguladora de la forma de gobierno y garante de la libertad de los ciudadanos frente a el Estado, sino que al mismo tiempo se muestran como Ley Fundamental del Derecho Privado.<sup>126</sup> Como afirma KONRAD HESSE, la Constitución abandona su papel de Norma Suprema del Estado para convertirse en la Norma Superior de la Comunidad Política (*Gemeinwesen*), en cuyo ámbito quedan comprendidos tanto el aparato estatal como la sociedad.<sup>127</sup>

En consecuencia, si ha cambiado la forma en que se conciben las Constituciones, es obvio que también variará la manera en que se entienden sus relaciones con los Códigos.

En este contexto se percibe fácilmente que cada vez se hace más inviable seguir afirmando que la Constitución es en el mundo de "lo público" lo que los Códigos Civiles son en el privado.<sup>128</sup>

Los fenómenos acaecidos desde finales del Siglo XIX y principios del XX, provocan una ruptura en la identificación Derecho Privado-Código Civil. Indudablemente, todo aquello que contiene el Código Civil es Derecho Privado, sin embargo no todo el Derecho Privado

---

ejercicio de la iniciativa económica de los particulares." IRTI, NATALINO. "La cultura del Diritto Civile", Ed. Utet, Torino 1990, pag. 35.

<sup>126</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", antes cit. pag. 58/1. Asimismo, RUIPEREZ ALAMILLO, JAVIER. "La Constitución como norma jurídica", antes cit. pag. 47 del original mecanografiado.

<sup>127</sup> HESSE, KONRAD. "Escritos de Derecho Constitucional", antes cit. pags. 13 y 17.

<sup>128</sup> TARELLO, GIOVANNI. "Storia della cultura giuridica moderna", antes cit. pag. 25.

vigente se encuentra recogido en el Código Civil<sup>129</sup>, habida cuenta que la totalidad de los principios inspiradores de la vida jurídico-privada ya no se contienen únicamente en las disposiciones civiles codificadas, sino que ahora hallan igualmente acomodo en cuerpos normativos distintos.<sup>130</sup>

Por una parte, como ya hemos visto, la Constitución, al juridificar las relaciones que se entablan entre particulares, se convierte en Norma Fundamental de la vida privada que se desarrolla en sociedad, abandonando, en consecuencia, su carácter de Norma de Derecho Público exclusivamente reguladora de la vida estatal.

Por otra parte, la industrialización y el subsiguiente desarrollo del capitalismo producen, ya desde mediados del Siglo XIX, una serie de acontecimientos sociales, políticos y económicos respecto los cuales los Códigos son incapaces de ofrecer soluciones jurídicas satisfactorias. Ante estas nuevas circunstancias, se comienzan a promulgar disposiciones legislativas que, situándose fuera del ámbito del Derecho Civil codificado, pretenden contrarrestar y suplir la insuficiencia de los Códigos Civiles<sup>131</sup>. Es a partir de este momento

---

<sup>129</sup> IRTI, NATALINO. "La cultura del Diritto Civile", antes cit. pags. 48 y 96. En la misma línea argumentativa, RODOTA STEFANO. "Ipotesi sul Diritto Privato", antes cit. pag. 17. TORRALBA SORIANO, ORENCIO VICENTE. "El Derecho Civil desde la Codificación hasta el tiempo presente", en RGLJ 1975, Septiembre-Octubre, pag. 355. ARCE Y FLOREZ VALDES, JOAQUIN. "El Derecho Civil constitucional.", antes cit. pags. 33 y 34.

<sup>130</sup> Es obvio que aquella fuerza absorbente del Code Civil, que predicaba JEAN-JOSEPH BUGNET cuando manifestaba "yo no conozco el Derecho Civil, yo no enseño nada más que el Código de Napoleón", o que postulaba DEMOLOMBE cuando afirmaba: "mi divisa, mi profesión de fe es esta: los textos sobre todo", ya no puede ser mantenida. Sobre esta particular cuestión Vid. IRTI, NATALINO. "La cultura del Diritto Civile", cit. pag. 8. Entre nosotros HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "En defensa del Código Civil", en RDP XXXII, núm. 378 Septiembre 1948, pag. 780. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS. "El Derecho Civil a finales del Siglo XX", antes cit. pag. 65.

<sup>131</sup> En este mismo sentido, acertadamente señala DE CASTRO que "cuando el Derecho Civil está recogido en un Código, las leyes especiales que se dictan para atender las nuevas situaciones sociales nacen separadas del cuerpo del Derecho Civil". Vid. DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO.

cuando las leyes especiales cobran relevancia en el campo del Derecho Privado.

Por consiguiente, el alejamiento de los Códigos de los procesos económicos y sociales que circulan paralelos a la crisis del liberalismo impulsa la proliferación de la legislación especial, o también denominada "extracodicial"<sup>132</sup>. Es la obsolescencia política, económica y social de la normativa codificada la que impone reaccionar mediante leyes que den respuesta a los nuevos problemas que se plantean.<sup>133</sup>

En definitiva, como consecuencia del incremento de las leyes especiales y, por lo que a nosotros nos interesa, debido a la constitucionalización del Derecho Privado, los Códigos Civiles pierden el monopolio de la reglamentación normativa de la vida jurídico-privada, pues ya no representan el Derecho exclusivo de las relaciones privadas, sino el Derecho Común, es decir, la disciplina de los supuestos de hecho más amplios y generales.<sup>134</sup>

En base a estos acontecimientos no han sido pocos los autores que se han apresurado en calificar al Código Civil como normativa totalmente desfasada, caduca e insuficiente para responder a las nuevas situaciones sociales que el surgir del Estado Social va imponiendo.<sup>135</sup>

---

"Derecho Civil de España", Ed. Civitas, Madrid 1984, pag. 119.

<sup>132</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS. "El Derecho Civil a finales del Siglo XX", antes cit. pags. 51 y 52, donde reiteradamente se refiere a las disposiciones legislativas que nacen al margen del Código con la denominación de "leyes extracodiciales".

<sup>133</sup> ASCARELLI, TULLIO. "Ordinamento giuridico e realtà sociale", antes cit. pag. 85. IRTI, NATALINO. "Leggi speciali", en Riv. Dir. Civ., anno XXV, 1979, Parte Prima, pag. 144. "La edad de la descodificación", cit. pags. 22, 96 y 185. RODOTA, STEFANO. "Ipotesi sul Diritto Privato", antes cit. pag. 13.

<sup>134</sup> IRTI, NATALINO. "La edad de la descodificación", antes cit. pag. 22.

<sup>135</sup> Según MARIN PEREZ ("La estructura del Estado y el Derecho Privado". Separata de la RGLJ Abril 1956, Ed. Reus, Madrid 1956, pags. 11 a 13.) la discordancia entre la normativa codificada y la realidad social fue puesta ya de relieve en nuestra doctrina a mediados del presente Siglo por autores tan prestigiosos como CASTAN o BATLLE, quienes se mostraban a favor, eso sí de una

Así, y durante los últimos tiempos se ha hablado reiteradamente de la "crisis del Código Civil", de "la edad de la descodificación", o incluso de "la muerte del Código Civil".<sup>136</sup>

Por otra parte, también han existido sectores doctrinales que, ante la constitucionalización de las relaciones jurídico-privadas y la creciente intervención del Estado en las mismas, no han dudado en afirmar que ello supone una violenta invasión del Derecho Público en un campo que tradicionalmente era propio del Derecho Privado.<sup>137</sup> Se ha llegado a hablar incluso de una "peligrosa publicación" del Derecho Privado, en el sentido de éste sería paulatinamente absorbido por aquél.<sup>138</sup>

---

manera prudente, de posibles reformas del texto del Código Civil. Finaliza MARIN PEREZ reiterando esta discordancia cuando literalmente manifiesta que "la falta de concordancia entre las normas de nuestro viejo Código Civil y la realidad social que, inexorablemente está llamado a regular, es tan grande que se manifiesta tanto en su orientación y principios inspiradores marcadamente individualistas y capitalistas como en cuanto a las extraordinarias y numerosas lagunas que presenta el análisis más somero. En sentido contrario, HERNANDEZ GIL lleva a cabo una ardua profesión de fe en el Código Civil en su artículo "En defensa del Código Civil", cit. pags. 776 y ss.

<sup>136</sup> La defensa de la unidad del ordenamiento jurídico fue puesta de manifiesto por CARNELUTTI en reiteradas obras tales como "Metodologia del Diritto" (Padova 1939), y posteriormente "Teoria Generale del Diritto" (Roma 1940). El citado autor italiano se había referido a la muerte del Derecho Civil al contrastar la influencia publicista, siendo partidario del criterio de la unidad del ordenamiento jurídico y advirtiendo también del peligro de que la Ciencia del Derecho fuese sustituida por las Ciencias del Derecho. A su vez, compartía con SANTORO PASSARELLI la idea de que el Derecho Civil es todavía el Derecho del Código Civil. Para un estudio más profundo de las consideraciones realizadas en este punto, IRTI, NATALINO. "La cultura del Diritto Civile", antes cit. pags. 30, 80, y 139 y ss. Idem. "La edad de la descodificación", cit. pag. 186. También ARCE Y FLOREZ-VALDES, JOAQUIN, "El Derecho Civil Constitucional", antes cit. pag. 52.

<sup>137</sup> Principalmente SAVATIER, RENE. "Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Privé d'aujourd'hui", Ed. Dalloz, Paris 1964, pag. 43. Idem "Droit Privé et Droit Public" Ed. Dalloz, Paris 1946, pag. 25. RIPERT, GEORGE. "Le declin du droit", Paris 1949, pags. 37 y ss. Esta última referencia es obtenida de la lectura de GIORGIANNI, MICHELE. "Il Diritto Privato e i suoi attuali confini" cit. pag. 392.

<sup>138</sup> Son afirmaciones constatadas por MAZEAUD, HENRI-LEON-JEAN "Lecciones de Derecho Civil", Parte 1ª, Vol. I, Introducción al estudio del Derecho Privado. Derecho Objetivo. Derechos Subjetivos. Ediciones Jurídicas Europa América. Traducción de Alcalá Zamora, Buenos Aires 1959, pag. 44. Por otro lado, GIORGIANNI describe muy gráficamente la consternación de aquellos sectores doctrinales que ante la socialización del Derecho Privado comparan a ésta con la situación de quien regresando de una larga ausencia, encontrase su casa invadida de gente extraña, que ha abatido paredes y puertas, modificando tapicerías y muebles. (GIORGIANNI, MICHELE. "Il Diritto Privato



Los citados sectores doctrinales, defendiendo la tradicional autonomía del Derecho Privado, estimaban que con la influencia publicista, derivada de la mayor intervención estatal y de la constitucionalización de las relaciones jurídicas entre particulares, las instituciones privadas se vincularían a un conjunto de normas constitucionales preordenadas hacia objetivos e intereses distintos de los que les son propias.<sup>139</sup> Finalmente se añadía que las normas constitucionales sobre Derecho Privado tendrían efectos sólo indirectos en las relaciones jurídico-privadas, en cuanto que vincularían la interpretación de las normas privatísticas al respeto de los valores sancionados en la norma constitucional, pero nada más.

No obstante, al contrario de las consideraciones expuestas, estimamos que la creciente intervención de los poderes públicos, (favorecida por la proliferación de leyes especiales y la constitucionalización de las relaciones entre particulares) no implica que el Derecho Privado se vea expropiado por el Derecho Público, ni muchos menos la crisis del Derecho Civil o el ocaso del Código.

No hay que mostrar temor ante una total y absoluta publicación del Derecho Privado, ya que ésta no puede deducirse de la mera presencia del Estado en las relaciones jurídico-privadas.

Es verdad que la parte de libertad que el Derecho Privado dejaba a los hombres para

---

e i suoi attuali confini", antes cit. pag. 392). Igualmente, resalta el temor hacia la influencia publicista ANTON MENDER, cuando señala, refiriéndose a las cada vez más frecuentes limitaciones al derecho de propiedad, que "el término de este proceso histórico habría de ser, sin duda, que la propiedad, y todo el Derecho Privado serán inundados por el Derecho Público, al modo de la Isla de Helgoland, que todos los años desaparece bajo las aguas, y que acabará por sumergirse en el Océano". (MENDER ANTON. "El Derecho Civil y los pobres", antes cit. pag. 270).

<sup>139</sup> Entre estos sectores, en la doctrina alemana, destacan DÜRIG, MANGOLDT-KLEIN y EMKE. En torno a la postura de los citados autores véase RAISER, LUDWIG. "Il compito del Diritto Privato", cit. pag. 174.

regular sus relaciones entre sí va disminuyendo, pero este fenómeno sólo es el resultado de la socialización del Derecho, porque para defender el interés general ante el interés egoísta de los particulares, es necesario limitar la libertad individual.<sup>140</sup> Limitación tal que, sin embargo, no conlleva una radical penetración del Derecho Público, ya que muy frecuentemente la intervención estatal que la opera se canaliza a través de mecanismos propios del Derecho Privado.

Tal es el caso de la intervención del Estado en la economía. En muchos supuestos, incluidos aquellos en los que se actúe en la realización de intereses generales, la naturaleza pública del agente económico no se corresponde con la aplicación del Derecho Público, sino con la aplicación del Derecho Privado.<sup>141</sup>

Quiere ello decir que el Estado no publica todo aquello que toca, sino que, al contrario, en múltiples ocasiones resulta privatizado al entrar en contacto con la economía.<sup>142</sup>

En este sentido, coincidimos con GIORGIANI en sostener que el Derecho Privado ha adquirido nuevos campos imponiendo el uso de sus instrumentos a la actividad del Estado y

---

<sup>140</sup> MAZEAUD, HENRI-LEON-JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", Parte 1ª, Vol. I. antes cit. pag. 44.

<sup>141</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", cit. pag. 21. Idem. "Diritto Civile e Commerciale", antes cit. pag. 43. Idem. "La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative", cit. pag. 203. Son recibidas estas ideas en la doctrina española por LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "Constitución, Código y Leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación", cit. pag. 1167.

<sup>142</sup> Ibidem Supra. Recuérdese que en los tiempos presentes se aprecia una cada día más intensa tendencia hacia la privatización. No hay más que observar la situación que actualmente se vive en los países comunistas, tradicionalmente fervientes partidarios de la colectivización de los medios de producción.

de los entes públicos.<sup>143</sup>

Por estas razones, podemos concluir, siguiendo a PENA, que la constitucionalización de las relaciones jurídico-privadas y la creciente intervención estatal en las mismas, así como la proliferación de leyes especiales y extracodiciales no supone la crisis del Derecho Civil ni mucho menos del Derecho Privado. La sedicente crisis a la que nos venimos refiriendo resulta, por el contrario, predicable en relación a los Códigos Civiles, que, por un lado, han sido destronados por la Constitución en su posición de norma suprema de las relaciones jurídico-privadas y, por otro lado, han sido expropiados de una gran cantidad de materias, respecto las cuales inicialmente pretendían tener un absoluto y exclusivo monopolio.<sup>144</sup>

Ahora bien, estas consideraciones, no pueden hacernos desconocer, tal como señala DE CASTRO, que "la Constitución ejerce influencia sobre el Derecho Privado, tanto de un modo

---

<sup>143</sup> GIORGIANNI, MICHELE. "Il Diritto Privato e i suoi attuali confini", cit. pag. 419. Partidario de esta forma de pensar también es LASARTE ALVAREZ, CARLOS. "El Derecho Civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores", antes cit. pag. 1127.

<sup>144</sup> Refiriéndose a la constitucionalización del Derecho Privado, concluye PENA que "Después de todo este proceso, han variado respecto del Derecho Civil codificado, los cuerpos legales que lo contienen, los principios inspiradores, y el CC. ha dejado de ser la fuente suprema del Derecho Privado, constituida ahora por la Constitución.

Ante este panorama, se dice que el Derecho Civil está en crisis, porque ha sido destronado, desbordado y parcialmente desinformado o descerebrado.

El diagnóstico si se predicase del CC. sería plenamente acertado, porque, como acabamos de ver, éste no conduce ya exclusivamente la línea medular del Derecho Patrimonial, sino que ésta pasa ahora también, en primer lugar, por la Constitución y por aquellas leyes especiales y porque, unas y otras, están informadas por principios distintos a los del CC.

Pero el Derecho Civil no sólo no está en crisis, sino que al constituir el Derecho Común o genérico de la persona y al ocupar ésta un puesto axial en el ordenamiento, está llamado, coherentemente, a ocupar un puesto jurídico del mismo signo, que lo erige, hoy como ayer, en sagrario de las libertades fundamentales de la persona y lo constituye, otra vez -aunque ahora sean otras las cadenas-, en el Derecho de su liberación". Sobre esta cuestión, PENA LOPEZ, JOSE MARIA. "La historicidad del Derecho Civil". Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de La Coruña con motivo de la festividad de San Raimundo de Peñafort el 27 de Enero de 1995. Ejemplar que manejamos por cortesía del autor, pags. 20 y 21 del original mecanografiado.

directo como de un modo indirecto.<sup>145</sup>

De un modo indirecto influye la Constitución, no sólo al organizar sobre nuevas bases el Estado dando atribuciones a sus distintos órganos y poderes, sino al sentar mandatos vinculantes que el legislador futuro ha de seguir necesariamente en el desarrollo su función legislativa, si no quiere correr el riesgo de ver anulada su labor como inconstitucional.<sup>146</sup>

Desde el momento en que se admite que la Constitución es una auténtica norma jurídica que vincula a todos los poderes públicos (Art. 9.1 CE), el legislador ordinario encuentra en ella no un mero programa carente de obligatoriedad, sino auténticas directrices e indicaciones generales que le vinculan jurídicamente en su actuar.

De esta manera, a las ya tradicionales limitaciones formales impuestas por los Textos Fundamentales, se añaden ahora toda una serie de limitaciones materiales que

---

<sup>145</sup> Son afirmaciones que ya fueron realizadas por DE CASTRO ("El Derecho Civil y la Constitución" op. antes cit. pag. 47.) al plantearse la relación existente entre el Derecho Privado y la Constitución Republicana de 1931, y que estimamos que son perfectamente extrapolables al momento actual. La repercusión de la Constitución española de 1931 sobre el Derecho Privado fue también explicada, en esa misma época, por BATLLE VAZQUEZ ("Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado", Madrid 1933. Nota bibliográfica de CASTAN TOBEÑAS, JOSE M<sup>a</sup>, publicada en RDP, n<sup>o</sup>XX 1933, pags. 189 y ss.), donde el citado autor afirmaba literalmente que "la Constitución es, por sí misma, una ley, que tiene vigencia sin necesidad de que sus principios sean desarrollados por leyes especiales. [...] Por tanto repercute (la Constitución) sobre el Derecho Privado en una triple forma: repercusión inmediata como ley posterior y suprema que anula toda anterior que a ella se oponga, por su propia jerarquía y por el principio de que la ley posterior deroga la anterior; una repercusión mediata, en cuanto, contradiciendo o no directamente algunos preceptos, dispone la realización de una nueva ordenación para la materia a la que se refiere, y una repercusión lejana, sobre aquellos preceptos que ni contradice abiertamente ni dispone que sean objeto de una nueva regulación, pero que, necesariamente, por responder a un Estado de Derecho distinto al que ahora se instaure, han de sufrir una transformación en su esencia, o incluso desaparecer."

<sup>146</sup> Como ya había sido puesto de manifiesto por DE CASTRO en relación con la CE. de 1931, la Constitución es la norma básica de todo el Derecho positivo, aquella de la que deriva la validez del ordenamiento jurídico. DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. "El Derecho Civil y la Constitución", antes cit. pag. 47.

inexcusablemente han de ser observadas en el desenvolvimiento de la actividad legislativa.<sup>147</sup>

Esto significa que, el legislador ordinario, además de respetar el procedimiento formal establecido en la Constitución para la elaboración de las leyes, está obligado a dotar a las disposiciones legislativas de un contenido que, en todo caso, sea materialmente conforme con la Norma Fundamental. Por lo tanto, se podrán estimar inconstitucionales aquellas normas que alberguen una regulación que vulnere derechos o contravenga principios constitucionalmente consagrados y garantizados.<sup>148</sup>

La influencia constitucional, por otra parte, no deja de tener trascendencia directa, como dijimos.

En la actualidad no es arriesgado afirmar que los principios legitimadores de la vida comunitaria y de las relaciones jurídico privadas ya no se encuentran sólo en los Códigos, sino también en las leyes de rango constitucional, donde reside la infraestructura de todo el

---

<sup>147</sup> RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. Prólogo a la obra de ENRIQUE ALONSO GARCIA, "La interpretación de la Constitución", antes cit. pag. XVIII. PEREZ ROYO, JAVIER. "Las fuentes del Derecho", cit. pag. 28. COSSIO DIAZ, JOSE RAMON. "Estado Social y Derechos de prestación", antes cit. pag. 98.

<sup>148</sup> Habrán de ser declaradas inconstitucionales aquellas normas que aún siendo formalmente respetuosas con la Constitución, vulneren materialmente sus principios fundamentales. Así por ejemplo, aquellas disposiciones que impongan cargas u obligaciones a los propietarios de fincas en una determinada Comunidad Autónoma por razón de su residencia, ya que serían contrarias al derecho fundamental a la igualdad constitucionalmente garantizado. Veamos desde un poco más cerca esta alusión ejemplificativa: Sería el caso de gravar con un determinado impuesto la explotación agrícola de tierras ubicadas en la CC.AA. catalana llevada a cabo por residentes en la CC.AA gallega, cuando esa carga fiscal no se exige en los mismos supuestos a los residentes en otras Comunidades Autónomas.

sistema jurídico.<sup>149</sup>

La Constitución es la Norma Fundamental del Estado que contiene los principios rectores y generales conforme a los cuales ha de interpretarse la totalidad del ordenamiento jurídico, y por lo tanto, también el Derecho Privado y el Código Civil.<sup>150</sup>

Los principios constitucionales actúan así como guía interna y criterio inspirador de las normas civiles.

En este sentido, podemos concluir con DE CASTRO que el hecho constatado de que en nuestro Código Civil sólo hayan sido objeto de modificación preceptos y partes concretas e individualizadas del mismo, no es óbice para reconocer que el espíritu informador de la normativa codificada ha cambiado profundamente.<sup>151</sup>

Es decir, aunque que la letra del Código pueda permanecer intacta desde el momento de su redacción, su fundamento lógico, aplicación e interpretación ya no pueden ser

---

<sup>149</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS. "El Derecho Civil a finales del Siglo XX", antes cit. pag. 50. LASARTE, CARLOS. "Intervención durante el 1º Congreso de Derecho Vasco (Dic. 1982). Reseña de Asúa Igárcua en ADC. Abril-Junio 1983, pag.486. TORRALBA SORIANO, VICENTE. "El Derecho Civil desde la codificación hasta el tiempo presente", antes cit. pag. 355. Según ARCE Y FLOREZ-VALDES, JOAQUIN. (Vid. "El Derecho Civil Constitucional", cit. pags. 81 y 82) la influencia constitucional se reduciría a una mera relectura de las normas civiles a la luz del texto constitucional. En sentido contrario opina MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ al resaltar que "no se trata sólo de dar un superficial barníz de constitucionalidad a las instituciones privadas. Es preciso lograr la verdadera actuación de los principios constitucionales a través de las normas civiles de las que aquéllas vendrían a ser como la guía interna, el criterio inspirador".

<sup>150</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado PIETRO PERLINGIERI cuando literalmente señala que "la norma constitucional se halla en la cúspide de la jerarquía normativa, y todo el ordenamiento jurídico, incluido el Derecho Civil, debe ser conforme con ella y en ella inspirarse". PERLINGIERI, PIETRO. "Por un Derecho Civil constitucional español", antes cit. pag. 1.

<sup>151</sup> DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. "El Derecho Civil y la Constitución", antes cit. pag. 47.

abordados desde los viejos planteamientos que contemplaron su nacimiento.<sup>152</sup>

En consecuencia, la interpretación de los antiguos textos legales todavía vigentes en el Código Civil habrá de hacerse de acuerdo con los nuevos principios que son asumidos, ahora, por nuestra Norma Fundamental. La nueva Constitución española, por tanto, incide profundamente sobre todas las instituciones del Derecho Privado, y en particular sobre la normativa codificada, actuando como fuerza disolvente de los viejos esquemas y de los viejos conceptos que deben ser necesariamente cambiados.<sup>153</sup>

## **2. DEL DERECHO EXCEPCIONAL AL DERECHO NORMAL.**

Una de las consecuencias más trascendentales del fenómeno de la constitucionalización del Derecho Privado, quizás haya sido la de operar un cambio en la delimitación del ámbito del Derecho normal y excepcional.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> Tal y como afirma XAVIER O'CALLAGHAN, "el Derecho Privado no puede quedar fuera de la constitucionalización del Derecho. El Código Civil puede permanecer, pero la incidencia de la Constitución es suficiente para cambiar su aplicación e interpretación adaptándola a la mentalidad constitucional". Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, JAVIER. "La constitucionalización del Derecho Civil y la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS". Artículo publicado en libro homenaje al Prof. VALLET DE GOYTISOLO, Vol. VI, Ed. Junta de Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado, Madrid 1988, pags. 427 y ss.

<sup>153</sup> PERLINGIERI, PIETRO. "Por un Derecho Civil constitucional español", en ADC, Tomo 36 I 1983, pag. 4.

<sup>154</sup> Antes de entrar en el fondo de la cuestión, es necesario tener presente que la tarea de efectuar una distinción entre el Derecho normal y excepcional no está exenta de dificultad, ya que nos hallamos ante nociones de carácter relativo. En palabras de IRTI, "la distinción no reposa en un elemento estructural de la norma jurídica, sino sobre la relación que existe entre una norma y las restantes normas del sistema. La calificación de derecho normal o excepcional proviene de un juicio de comparación. Ninguna norma considerada en sí es normal o excepcional." Vid. IRTI, NATALINO. "Leggi speciali. Del mono-sistema al poli-sistema", antes cit. pag. 146. Idem. "La edad de la descodificación.", antes cit. pags. 43 y 47. Igualmente "Introduzione allo studio del Diritto Privato". Ed. Cedam, Padova, 1990, pag. 98. La doctrina española también ha puesto de manifiesto la dificultad en la distinción. Así, DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO (Derecho Civil de España, antes cit. pag. 102) estima que la distinción entre derecho normal y excepcional, aún manteniéndose por la doctrina,



En el Siglo XIX Códigos y Constituciones respondían a los mismos presupuestos ideológicos del liberalismo, coincidiendo en señalar a la libertad como un principio general y valor esencial cuya presencia invade todo el ordenamiento jurídico.<sup>155</sup>

Es así como la autonomía privada de la voluntad ocupa un lugar de privilegio en el sistema liberal, al constituir el individuo y su capacidad decisoria los ejes principales en torno a los cuales giran todas las instituciones jurídicas.

Sin embargo, en ciertas normas, que habían sido concebidas para la reglamentación de las nuevas circunstancias sociales, políticas y económicas surgidas tras la industrialización, se sustentaba, de manera ocasional y aislada, la posibilidad de imponer límites a la autonomía de voluntad del individuo; normas que, al ser divergentes con el principio general de libertad consagrado en el Código Civil, rompían con la lógica del Derecho normal e introducían una lógica propia y distinta.

No nos referimos a leyes que desarrollaban o especificaban para supuestos concretos los principios generales que establece el Código, sino a disposiciones normativas que

---

ha originado en la actualidad una cierta confusión, tanto por su indeterminación como por la imprecisión en la que se deja cuáles disposiciones puedan llamarse excepcionales. Por su parte, O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER. en "Compendio de Derecho Civil", Tomo I, Parte general, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid 1986, pag. 113. califica de problemático el determinar en la realidad cuando una norma es verdaderamente excepcional.

<sup>155</sup> La coincidencia se aprecia ya en un mero análisis comparativo del Art. 17 de la Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 y el Art. 544 del Code francés. El Art. 17 de la Declaración dispone que: "*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne put en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*". Por su parte, el Art. 544 del Code francés dispone que: "*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les règlements*". Esta coincidencia ha sido también resaltada por GIORGIANNI, MICHELE. "Il Diritto Privato e i suoi attuali confini", antes cit. pag. 399.

discrepaban de aquéllos<sup>156</sup>, derogando su vigencia en la regulación de una específica materia<sup>157</sup>.

Como consecuencia de su alejamiento de los principios generales, las normas que contenían restricciones a la libertad, eran calificadas como excepcionales. Excepcionalidad que, al suponer la interdicción de su aplicación analógica y la dificultad para su interpretación

---

<sup>156</sup> Se trata de la diferencia fijada por IRTI con la terminología de leyes especificantes y leyes decodificantes. Las leyes especificantes para el citado autor no generan ningún tipo de problema, pues desarrollan y especifican para supuestos concretos la más amplia y general normativa que se residencia en el Código. Por leyes decodificantes entiende IRTI aquellas leyes especiales que regulando materias ya contenidas en el Código, no se colocan junto a éste, sino que más bien lo vacían de contenido y lo destinan a sede de disciplinas generalísimas. Vid. IRTI, NATALINO. "Leggi speciali", antes cit. pag. 144. Idem. "La edad de la decodificación", cit. pag. 96.

<sup>157</sup> Ante todo, y debido a la confusión doctrinal reinante en el tema, es necesario que las disposiciones legislativas a las que ahora aludimos, versen sobre una misma materia ya contemplada con anterioridad en el Código. Si esa coincidencia objetiva no existiese, no habría problema alguno. Simplemente estaríamos en presencia de una nueva ley que, al regular una nueva materia, sienta nuevos principios generales, siendo, por lo tanto, su aplicación susceptible de ser extendida a supuestos análogos. Respecto esta cuestión, IRTI, NATALINO. "Leggi speciali. Del mono-sistema al poli-sistema", antes cit. pag. 144. Idem "La edad de la decodificación", antes cit. pag. 96. Así dice el citado autor (pag. 31 última obra cit.) que se sustraen a esta colocación las leyes que regulan materias ajenas al Código Civil, o mantendidas deliberadamente fuera de éste, o asumidas como objeto de regulación jurídica sólo en tiempo posterior, las cuales no son leyes especiales, sino únicas y exclusivas leyes, que el interprete puede aplicar en línea analógica y de las que, precisamente por ausencia de una disciplina más amplia, extrae los principios generales mediante *analogia iuris*. En síntesis, como señala BATLLE VAZQUEZ ("Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales". Tomo I, arts. 1-41. Ed. Rev. de Dcho. Priv. Madrid 1978, pag. 92) se trata de leyes cuyo principio inspirador no es al que de un modo normal, general y común han de servir, sino que responden a una razón particular o de especial *utilitas*, en virtud de la cual se justifica las desviación o excepción. La propia práctica resalta como en determinadas leyes se recoge una reglamentación que se inspira en principios divergentes y no concordantes con los calificados como generales en el Cc. Era el caso de la ya derogada LAU. que fue aprobada por Real Decreto 4104/1964 de 24 de Diciembre, en la que se consagraban importantes limitaciones al principio general de la autonomía de voluntad de los contratantes reconocido en el Art. 1255 Cc., con el objetivo fundamental de proteger intereses subjetivos extrapropietarios, especialmente los del arrendatario pobre y débil frente al fuerte propietario-arrendador, intentado limar así las desigualdades sociales y hacer más accesible a todos los ciudadanos el derecho a la vivienda. A modo meramente ejemplificativo, es de subrayar como en el Art. 57 de la LAU. se contenía una prórroga forzosa del contrato para el arrendador, frente al principio general asumido por el Art. 1581 Cc. de que el arrendamiento cesa, sin necesidad de requerimiento especial, cumplido el término. Siguiendo con los ejemplos que nos proporciona la LAU de 1964 es de destacar como ésta se distanciaba del principio general de la renunciabilidad de los derechos del Art. 6.2 Cc. cuando en su Art. 6.1 disponía que los beneficios que la presente ley otorgue a los inquilinos de viviendas [...] serán irrenunciables.

extensiva, ponía un importante freno a su posible fuerza expansiva.<sup>158</sup>

Siguiendo a DE CASTRO, podemos decir que se trataba de normas que iban *contra tenorem rationem* de la organización general y que carecían, por ello de *vis expansiva*. "Habiendo perdido toda fuerza creadora, o habiendo nacido con eficacia restringida, no podían sus reglas ser interpretadas extensivamente contra el Derecho normal, ni tener poder expansivo como regulación racional y ejemplar".<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> Resulta curioso como la prohibición de aplicación analógica de las leyes excepcionales no se encontraba expresamente prevista en el Code francés de 1804. La razón de esa ausencia es posible que se justifique sobre el entendimiento de que la interdicción de aplicar a supuestos análogos leyes excepcionales constituía un principio general del Derecho comunmente aceptado, tan obvio que no era necesario recoger expresamente en un Código. A esta causa quizás se pueda añadir, a parte de la pretendida compleción de los Códigos Civiles, el dato de que en el momento de aparición de los Códigos no existían normas que, por alejarse de los principios generales codificados, pudiesen ser calificadas de excepcionales. Se entendía que los Códigos eran normas perfectas y acabadas que nacían con la pretensión de regular exhaustivamente la totalidad de las relaciones jurídico-privadas. Por lo tanto, si no aparecía el problema, no había necesidad de contemplar una solución normativa al mismo. Tan sólo a partir del instante en que la disciplina codificada comienza a ser insuficiente para resolver las dificultades que la práctica presenta, se plantea la necesidad de ofrecer un remedio normativo al fenómeno de la proliferación de las leyes especiales que, conteniendo principios divergentes a los generales, amenazaban la hegemonía normativa del Código. Ejemplo de ello lo constituye el hecho de que uno de los primeros Códigos en recoger la cláusula normativa de la prohibición de aplicación analógica de las leyes excepcionales es el italiano de 1865, que en su Art. 4 de las Disposiciones Preliminares afirma: "Las leyes penales y aquellas que restrinjan el libre ejercicio de los derechos o forman excepción a las reglas generales o a otras leyes, no se extienden más allá de los casos y en los tiempos que en ellas se expresan". Sin embargo, el Código Civil español de 1889, debido quizás a la predominante influencia del Code francés y a las diferentes circunstancias existentes en España con respecto a Italia, no continuó la línea del Código italiano de 1865 y hemos de esperar a la Reforma del Título Preliminar de 1974 para que la interdicción de la aplicación extensiva de las normas excepcionales sea recogida expresamente. Así, en su nueva redacción, el Art. 4.2 Cc. dispone: "Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni a momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas".

<sup>159</sup> DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. "Derecho Civil de España", cit. pag. 103. A falta de una expresa normativa codificada que así lo dispusiese hasta la Reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974, algunos ejemplos de la prohibición de extensión analógica de las normas que se consideraban excepcionales son deducibles de la propia práctica jurisprudencial: Así, el TS. en St. 26 de Enero de 1942 (Civil) Cdo. único (RJA 19) había manifestado, respecto a la ley de contratación en zona roja, que había sido dada con carácter excepcional, y por tanto, debía ser aplicada sólo en el sentido y en los casos que sus propios términos expresan. Con posterioridad, en St. 20 de Marzo de 1945 (Civil) Cdo. 5º (RJA 284) el TS rechaza implícitamente la aplicación analógica de la ley de desbloqueo, por considerarla excepcional. Igualmente, y en relación con la expresión *Contra tenorem rationis* acuñada por PAULO en un viejo texto y luego recogida en el Digesto Justiniano, DIEZ

El fundamento de la falta de expansividad las normas excepcionales se halla, precisamente, en el carácter expansivo de los principios generales.

Las normas que imponían límites a la autonomía privada suponían, para un caso específico, una derogación aislada y excepcional del principio general de libertad consagrado en el Código Civil, justificado por particulares razones de *utilitas*. Por lo tanto, si la norma limitativa es una excepcional derogación de los principios generales del sistema para un supuesto concreto e individualizado, no tendría sentido extender a otro no previsto la *ratio* deducible de la misma. A este supuesto no contemplado normativamente debería ser extensible la aplicación del principio general y nunca del excepcional.

Por este motivo, la norma de Derecho normal, acorde con los principios generales, goza de una fuerza expansiva de la que carecen las normas de Derecho excepcional, por introducir una derogación de tales principios generales para un caso concreto.

Si bien esta forma de entender el por qué de la interdicción de la aplicación analógica de las normas excepcionales podría ser extrapolable a la actualidad, es conveniente subrayar que en el Siglo XIX estas razones descansaban además en una pura lógica de corte liberal.

Coartar la *vis expansiva* de las normas que se distanciaban de los principios generales codificados, tenía como objetivo fundamental constituir un dique a favor de la unidad del ordenamiento jurídico, con la intención de evitar que las normas excepcionales desplazaran al Código de su posición central en el sistema y, de esta manera, mantener su hegemonía en

el mismo.<sup>160</sup>

Así pues, la prohibición de aplicación analógica de aquellas normas que rompían con los principios generales codificados constituía un adecuado instrumento de "esterilización de la excepción", en favor de una pretendida unidad del ordenamiento jurídico privado asentada sobre un modelo de Código Civil que se calificaba como completo, perfecto y definitivo.<sup>161</sup>

Descendiendo de esta panorámica general a lo que acontecía en materia de propiedad, hay que señalar, al respecto, que Códigos y Constituciones, en cuanto que concordantes, fijaban los principios generales que debían regir el ejercicio del derecho. La propiedad se presumía libre y se configuraba como un derecho fundamental, sagrado e inviolable de la persona, que dependía únicamente de la omnímoda voluntad de su titular individual.

Por lo tanto, los límites al libre ejercicio del derecho de propiedad, eran vistos como algo aislado y excepcional que respondía únicamente a la necesidad de lograr una armoniosa coexistencia de los distintos derechos dominicales, para así, evitar una situación de "*bellum omnium contra omnes*".

---

<sup>160</sup> Esta ha sido una de las razones por las que IRTI (La edad de la descodificación. cit. pags. 60, 186, 187.) estima que se consagra en el Cc., la prohibición de la extensión en vía analógica de las normas excepcionales. Así, dice literalmente el citado autor, aludiendo a CARNELUTTI, que "el Art. 4 Disp. Tit. Preliminar del Cc. italiano de 1865, [...] constituye un dique para la tutela de la unidad del ordenamiento. Bastará que los jueces definan una norma como excepcional; la hegemonía del Código estará salvada." De acuerdo con ello, señala LOPEZ Y LOPEZ (Constitución, Código y Leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación", cit. pag. 1170) que mediante la interdicción de aplicación analógica "el sistema está garantizado en su unidad y no queda fragilizado por la aparición de la legislación excepcional".

<sup>161</sup> Terminología utilizada por IRTI, NATALINO "La edad de la descodificación", antes cit. pags. 21 y 185, cuando refiriéndose a las normas excepcionales señala que para el orden liberal "las normas excepcionales colocadas fuera del Código constituyen un fenómeno fastidioso e irritante. Si el legislador se dispone a esterilizarlo con la prohibición de la analogía, la doctrina lo mira con ojos sosegados."

Las limitaciones dominicales, aunque existían, integraban simplemente el Derecho excepcional y tenían como única finalidad permitir la convivencia de los distintos derechos de propiedad y el mantenimiento de un orden público que, precisamente, se basaba en la protección de la propiedad libre.<sup>162</sup>

En consecuencia, las normas que contemplaban limitaciones al libre ejercicio del derecho de propiedad, al romper con los principios generales, eran consideradas como excepcionales, y por las mismas razones antes aludidas, no susceptibles de aplicación analógica.

En suma, en el orden liberal el Derecho normal lo constituye el libre ejercicio de la propiedad privada, mientras que las restricciones y limitaciones a la misma, en cuanto se apartan del principio general de libertad, integran el ámbito del Derecho excepcional.

Sin embargo, este orden de cosas comienza a resquebrajarse, no tardando en entrar en una profunda crisis, porque las consecuencias a las que había llevado el liberalismo a ultranza pusieron de relieve que era necesario impedir que la propiedad continuase siendo limitada a título tan sólo excepcional en cuanto a su libertad de ejercicio.

En este sentido, la práctica jurídica constata la proliferación de disposiciones legislativas que, apartándose de los principios generales consagrados en el Código Civil, comienzan a imponer restricciones a la libre e ilimitada voluntad del propietario.

Con el paso del tiempo y la correlativa evolución de las circunstancias políticas,

---

<sup>162</sup> Ver, al respecto, las consideraciones que sobre la concepción del orden público en la etapa liberal realiza SALVIOLI, GIUSEPPE en "El Derecho Civil y el proletariado", antes cit. pag. 57.

sociales y económicas, las leyes limitativas del derecho de propiedad, que habían nacido como provisionales excepciones coyunturales, adquieren una insospechada estabilidad y consolidan su vigencia, dando lugar a que el principio de la limitabilidad se acerque paulatinamente al ámbito de aquello que queda comprendido bajo la categoría del Derecho normal.<sup>163</sup>

Toda esta evolución finaliza con la configuración a nivel constitucional de la limitabilidad en el ejercicio del derecho de propiedad como un principio operativo en sede general. Ya en 1918, la Constitución alemana de Weimar disponía en su Art. 153 que "La propiedad obliga. Su uso también debe servir al bien de la comunidad."

El sentido del Art. 153 de la Constitución de Weimar va a consolidarse en el Art. 14 de la Ley Fundamental de Bonn, a la vez que paulatinamente se recibe en las modernas Constituciones que nacen a partir de ese momento.

Este es el caso de nuestra Constitución de 1978, que en su Art. 33.2 dispone que "la función social de estos derechos (refiriéndose al propiedad y la herencia) delimitará su

---

<sup>163</sup> NATALINO IRTI se había percatado de que las normas que habían sido concebidas para ser aplicadas a un momento y supuesto concreto se prolongaban en el tiempo y adquirían una insospechada estabilidad. En torno a cada norma que había nacido como excepcional, se disponían otras leyes que completaban la disciplina, trazándose lo que el jurista italiano califica como un "microsistema", es decir, un pequeño mundo de normas de las que el intérprete puede recabar ya principios generales y en las que descubre una propia lógica interna. Nos referimos al fenómeno al que IRTI ha acuñado con la denominación de "consolidación de las leyes especiales", que descubría en su artículo "Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili", in Riv. Dir. Civ., anno XXXIX, n° 3, Maggio-Giugno 1993, pag. 307. Ya con anterioridad, "La edad de la descodificación", antes cit. pag. 38. En la misma línea se sitúa SANTOS BRIZ, JAIME ("Derecho Económico y Derecho Civil", Ed. Edersa, Madrid 1963, pag. 223), al precisar que poco a poco, al impulso del desarrollo de la industria y el aumento del nivel de vida, las limitaciones pasaron de excepciones al derecho de dominio a constituir su régimen normal [...]. Este razonamiento también es desarrollado por DIEZ PICAZO ("Propiedad y Constitución", en AA.VV. "Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales". Ed. Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid 1977, pag.42) cuando pone de manifiesto que las limitaciones de la propiedad privada se van multiplicando en función de intereses de signo muy diverso. Los límites han pasado de ser anormales excepciones del derecho a configurar el marco normal del desenvolvimiento del mismo [...].



contenido, de acuerdo con las leyes".

La modificación que nuestra Norma Fundamental ha ejercido sobre la disciplina de la propiedad ha llevado a la categoría de regla general la limitabilidad en el ejercicio del derecho, que era considerada, en la etapa liberal, como una excepción al principio general de libertad.

Desde la excepcionalidad del principio de la limitabilidad dominical, se ha pasado a la generalidad del mismo, porque, al dejar de tener vigencia los presupuestos liberales, la "inviolabilidad sagrada" del derecho de propiedad carece de todo fundamento.<sup>164</sup> Por lo tanto, las trabas y limitaciones dominicales ya no pueden ser vistas como algo excepcional, que se prevéa únicamente para casos aislados.

Ahora bien, el cambio acaecido tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 ha de ser interpretado en sus justos términos. El hecho de que la limitabilidad en el ejercicio del derecho de propiedad haya dejado de ser una excepción aislada para convertirse en un principio general, no significa que este razonamiento sea automáticamente trasplantable en sentido inverso al ámbito de la libertad dominical, entendiendo que ésta ha cesado de ser un principio general para transformarse en una excepción.

Nada más lejos de la realidad. La libertad sigue siendo un principio general, no sólo en materia dominical, sino también en materia patrimonial. Lo que sucede es que con el nuevo modelo de Estado que instaura la Constitución de 1978, la libertad dominical ha mudado definitivamente su aspecto y cambiado su fisonomía esencial, pues ahora ésta ya no

---

<sup>164</sup> En sentido análogo y para el ordenamiento jurídico francés, ZENATI, FREDERIC. "Pour une rénovation de la théorie de la propriété", en *Rev. Trim. Droit. Civ.*, nº2 avril-juin 1993, pag. 305.

se identifica con un conjunto de posibilidades de actuación tendencialmente ilimitadas y sólo excepcionalmente restringibles, sino con una libertad normalmente limitable y susceptible de ser configurada, desde su propio interior, en sentido social.

En este entendimiento, de la propia dicción del Art. 33.2 CE. (La función social... delimitará su contenido) resulta deducible que los límites no constituyen medidas excepcionales que, justificadas por las circunstancias específicas, se adopten para un caso concreto, permaneciendo en el ámbito externo del derecho de propiedad, sino que forman parte de lo que constitucionalmente se entiende por su contenido.

De la misma opinión es HERNANDEZ GIL quien ha puesto de relieve que "la Constitución muestra un modelo del derecho de propiedad privada que no es el tomado por un poder individual con unos límites excepcionales, ya que la función social delimita siempre el contenido del derecho." <sup>165</sup>

Consiguientemente, desde la perspectiva constitucional, aquellas normas que vengan a determinar la acción de la función social del derecho de propiedad para cada categoría de bienes, al ser manifestación de un principio general, pierden toda consideración de excepcionales<sup>166</sup>, pasando directamente a integrar el ámbito de la normalidad.

---

<sup>165</sup> HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "La propiedad y su función social en la Constitución." Poder Judicial, Nueva época nº 14, Junio 1989, pag. 21.

<sup>166</sup> Ultimamente parece suscitarse en la doctrina un debate en torno a si la función social es en realidad un principio general del derecho. Nos remitimos en este punto a las consideraciones que ulteriormente serán efectuadas en sede de operatividad de la función social, no sin manifestarnos antes a favor de su consideración, no como los tradicionales principios generales del Derecho tales como la buena fe o la diligencia de un buen padre de familia, sino como principio general constitucional. En este sentido adelantamos ahora, entre otras existentes sobre el citado debate, algunas referencias bibliográficas: PERLINGIERI, PIETRO. "Por un Derecho Civil constitucional español", antes cit. pags. 6 y ss. RODOTA, STEFANO. "Commentario della Costituzione", a cura di G. Branca. Raporti economici. Tomo II, Arts. 41-44. Ed. Zanichelli, Bologna 1982, pag. 117. Idem. "Poteri dei privati e disciplina de la proprietà", in "Il Diritto Privato nella società moderna". Saggi a cura di S. Rodotà.

De la experiencia legislativa surgida tras la vigencia de la Constitución española de 1978 resulta fácilmente deducible el carácter normal de las limitaciones que, por razón de la función social, son susceptibles de ser impuestas al ejercicio del derecho de propiedad.<sup>167</sup>

---

Ed. Il Mulino. Bologna 1971, pag. 381. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada". Ed. Cívitas. Trad. DIEZ PICAZO Madrid 1986, pags. 326 y ss. RESCIGNO, PIETRO. Voz "Proprietà", in "Enciclopedia del Diritto", Ed. Giuffrè, Milano 1988, pag. 275. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", antes cit. pag. 185. Entre nosotros, DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica." Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1993, pags. 196 y 208. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit., pags. 77 a 79. MONTES PEÑADES, VICENTE L. "La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo", Ed. Cívitas, Madrid 1980, pag. 198.

<sup>167</sup> Los ejemplos legislativos pueden ser hallados tanto en el ámbito de la propiedad del suelo rústico como urbano. En el marco de la regulación legislativa de la propiedad del suelo rústico, el Art. 84.2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos 83/1980 de 31 de Diciembre (BOE 30 Enero 1981, núm. 26) prescribe que: "Ejercitado el derecho de acceso (a la propiedad), el arrendatario que adquiera la propiedad de la finca no podrá, salvo que lo haga en favor del IRYDA, enajenarla, arrendarla o cederla en aparcería hasta que transcurran seis años desde la fecha de su adquisición ...". De este precepto se deduce que el arrendatario que haya accedido a la propiedad de una finca rústica ve limitado su poder de disposición sobre la misma, pues la Ley le concede el derecho para continuar en la explotación agraria, unida a la propiedad y posesión, y no para que realice operaciones de especulación, ya que en este caso se defraudaría la finalidad social de la legislación arrendaticia. Más ampliamente sobre el tema AGUNDEZ FERNANDEZ, ANTONIO. "Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos". Ed. Comares, Granada 1987, pags. 225 y ss. Idem. Segunda Edición, año 1994, pags. 267 y 268. Siguiendo con esta línea ejemplificativa, la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables (34/1979 de 16 de Noviembre BOE 23 Noviembre 1978, núm. 281), prevé también límites al poder del propietario de fincas rústicas que, al ser manifestación del principio general constitucional de la función social, integran el Derecho normal. En los Arts. 1 y ss. de la LFMM se compele al titular dominical a que proceda a la explotación y correcto aprovechamiento de las fincas rústicas que le pertenezcan, ya que de lo contrario éstas podrán ser calificadas como de manifiestamente mejorables. La declaración de una finca como manifiestamente mejorable a su vez implica el incumplimiento de la función social de la propiedad que, consiguientemente, producirá los efectos de la declaración de interés social que exige la Constitución y la Ley de 16 de Diciembre de 1954 para iniciar el procedimiento expropiatorio (véanse Art. 33.3 CE, Arts. 1 y ss. Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1954 BOE 17 de Diciembre y Arts. 10 y ss del Reglamento que la desarrolla, aprobado por Decreto 24 de Abril 1957, BOE. 20 de Junio). En un sentido análogo, pero ahora ya en el ámbito autonómico, destacan la Ley Reforma Agraria para Andalucía (Ley 3 de Julio de 1984, BO. Junta de Andalucía 6 de Julio de 1984) y la Ley extremeña sobre Riegos y Regulación de las Tierras de Regadío (Ley 8 de Abril de 1987, BO. de Extremadura 14 de Abril de 1987). La Ley de Reforma Agraria Andaluza, con la finalidad de lograr la realización de la función social de la propiedad de la tierra, legitima a la Administración Autonómica para fijar criterios objetivos de obtención del menor aprovechamiento de la tierra y sus recursos, así como establecer las medidas para la protección del suelo y la conservación de la naturaleza. (Arts. 1 y 2). El incumplimiento de estas obligaciones inherentes a la función social de la propiedad de la tierra, concretadas en las citadas medidas que lleva a cabo la Administración Autonómica, facultará a ésta para acordar la expropiación del dominio o del uso de la finca, imponer planes de mejora forzosa y

Es así como las leyes que concretan la función social adquieren, ahora, una verdadera *vis expansiva*, al caer la prohibición de su aplicación en vía analógica a los supuestos que no sean expresamente contemplados por una disposición nacida para un caso concreto.<sup>168</sup>

determinar la exacción del Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas (Art. 3). Por su parte, la Ley extremeña de Regadíos prescribe que el propietario de una finca de regadío está obligado a darle el destino que demanda su naturaleza, que no es otro que el de proceder a su riego (Art. 4). De este modo, siempre y cuando una superficie de regadío (en la que no concurren determinadas circunstancias excepcionales fijadas por el párrafo 2º del Art. 4) hubiera dejado de regarse, se entiende incumplida la función social de la tierra, produciéndose de manera inmediata la declaración de regadío infrautilizado (Arts. 1 y 5), que supone la expropiación forzosa del uso o del dominio de la finca, o bien la exacción del Impuesto sobre Tierras Calificadas como Regadíos Infrautilizados regulado en los Arts. 25 y ss de la Ley (Art. 24). Por otro lado, la legislación urbanística constituye también un claro ejemplo del carácter normal de las limitaciones dominicales derivadas del principio de la función social. El Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por RDL 1/1992 de 26 de Junio (BOE 30 de Junio, núm. 156), enumera dentro de las finalidades y atribuciones de la acción urbanística (Art. 3.1a) la de procurar que el suelo se utilice en congruencia con la función social de la propiedad, garantizando el cumplimiento de las obligaciones y cargas derivadas de la misma. Con similar orientación, el Art. 5 del mismo texto legal prescribe que la función social de la propiedad delimita el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condiciona su ejercicio, a lo que añade el Art. siguiente que tal delimitación operada por la ordenación urbanística no concederá derechos indemnizatorios, salvo en los supuestos legalmente definidos (Art. 6). En esta misma línea argumentativa, y a lo largo de la vigencia de las distintas Leyes del Suelo, ha sido reiteradísima la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se subraya el carácter normal de las limitaciones al ejercicio de la propiedad inmobiliaria urbana. Entre otras, Vid. SSTs. 3 Octubre 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. de la St. apelada que se acepta (RJA 7421), 20 Febrero 1989 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 1281), 31 Mayo 1989 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 4116), 13 Febrero 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 955). Por francamente expresivas de lo que pretendemos resaltar, son dignas de mención las SS de la AP de Pontevedra de 22 de Diciembre 1993 (R.A.Civ. 2420) y 25 de Mayo de 1994 (R.A.Civ. 903) en cuyos Ftos. de Dcho. 1º se reconoce que las limitaciones establecidas por la leyes a las que aludía el Código Civil tenían un valor o sentido excepcional; sin embargo, "esta idea fue corregida a propósito precisamente de la legislación urbanística, donde se define un contenido normal de la propiedad que elimina el carácter excepcional de las limitaciones: se ha dicho, en esta línea, que el contenido de la propiedad urbana está delimitado, no limitado, por las norma urbanísticas aplicables a cada finca". En definitiva, los ejemplos facilitados nos demuestran que las limitaciones al derecho de propiedad, que anteriormente, y por suponer una quiebra al principio general de la libre disposición, se colocaban bajo el Derecho excepcional, han entrado a formar parte del Derecho normal, al ser concreción de un principio general constitucionalizado como lo es la función social.

<sup>168</sup> En opinión de RODOTA ("Intorno alla proprietà. Recherche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi", in AA.VV "La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Tra crisi dogmatica e riforme legislative". Ed. Cedam, Padova 1991, págs 454 y 455) fue DOMENICO RUBINO el primer autor en indicar la posibilidad de recurrir a la analogía en materia de propiedad en base a los nuevos principios constitucionales. Efectivamente, DOMENICO RUBINO ya había puesto de manifiesto en 1948, año en el que se publica en la Revista de Derecho Privado (Año XXXII, núm. 372, Marzo 1948, págs 185 y ss.) su estudio "Modernas tendencias sobre los límites a la propiedad privada en Italia" que "la propiedad funcional puede constituir la regla, la situación cambia y las limitaciones y

En suma, todas aquellas leyes que limiten, restrinjan o condicionen el ejercicio de las facultades que corresponden al propietario por razón de las exigencias constitucionales ya no pueden ser consideradas como una excepción a la normal absolutividad de la propiedad privada, sino como manifestación de la normal limitabilidad dominical que es inmediato efecto de la constitucionalización de la función social como un principio de valor operativo general. La consecuencia operativa es que la aplicación de normas de tal género podrán ser extendida a otros supuestos similares no contemplados legalmente, al haber decaído todos los obstáculos que impedían su *vis expansiva*.<sup>169</sup>

---

obligaciones específicas impuestas por la ley a la propiedad ya no se presentan como excepcionales, y por tanto, pueden ser extendidas analógicamente, en cuanto subsistan los extremos de la analogía (Op. cit. pag. 208). Este razonamiento lo continúa P. PERLINGIERI precisando que "con el advenimiento de la Constitución, con la mutación de los valores y de los principios fundamentales del ordenamiento, muchas leyes que eran excepcionales no lo son ya, y viceversa. He aquí por qué, con la aparición de nuevos principios jurídicos, algunas normas resultan, a consecuencia de su enfrentamiento con ellos, excepcionales, y por tanto, no aplicables por analogía, y he aquí por qué a consecuencia de una nueva modificación de tales principios jurídicos las mismas normas pueden dejar de ser consideradas excepcionales". (PERLINGIERI, PIETRO. "Por un Derecho Civil constitucional español", antes cit. pags. 4 y 9. En la misma forma de pensar se ha manifestado RESCIGNO, PIETRO ("Per un studio sulla proprietà", Riv. Dir. Civ. anno XVIII 1972 Parte Prima, pag. 24. Del mismo autor, Voz "Proprietà", antes cit. pag. 275) al afirmar que "la extensibilidad en vía analógica de las normas de carácter excepcional, destinadas a realizar la función social, es posible ya que, al sobrevenir en principio general, hace caer la prohibición de la analogía." Siguiendo con el razonamiento HERNANDEZ GIL ("La propiedad y su función social en la Constitución", antes cit. pag. 21) ha afirmado que "la función social, que desde hacía tiempo circulaba por el ordenamiento jurídico en declaraciones programáticas y leyes especiales, y que permanecía ausente de la fórmula tradicional del Cc., ha tenido ingreso a nivel constitucional para ser desarrollada a través de la ley y operar así con normalidad y generalidad."

<sup>169</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Immagini della proprietà". Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. Anno. XXXVI 1982, pags. 818 y 819. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", cit. pag. 152. Idem. "Diritto Civile e Commerciale", antes cit. pag. 330. En sentido contrario, el Tribunal Supremo sigue manteniendo como un principio generalmente admitido que la interpretación de las normas jurídicas restrictivas de derechos subjetivos no puede realizarse de modo extensivo ni analógico. Sobre esta cuestión, SSTs. 7 Marzo 1980 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 2101), 22 Julio 1983 (Cont-Adm) Cdo. 3º (RJA 4089), 2 Marzo 1989 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 1º (RJA 1714). Sin embargo, no sería justo aludir a esta línea jurisprudencial sin entrar a precisar la cuestión de fondo debatida en la misma. Las citadas resoluciones del Tribunal Supremo surgen en torno al estudio de la figura del Planeamiento Urbanístico como norma que contiene limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad sobre el suelo urbano, pero también como norma que nace totalmente condicionada en su contenido por la finalidad immanente a su naturaleza de responder a las concretas circunstancias del caso específico al que ha de ser aplicado. Por este motivo, hemos de reconocer que la aplicación de un Plan preciso y determinado no puede ser extendida analógicamente a otros supuestos no porque se trate, como

Ahora bien, que las normas limitativas del libre ejercicio del derecho de propiedad hayan entrado a formar parte del Derecho normal y, por esta causa, sean susceptibles de ser aplicadas extensivamente, no quiere decir que la disciplina dominical codificada se haya convertido automáticamente en Derecho excepcional. Como ya hemos tenido ocasión de señalar en relación al principio de libertad, no se produce un total intercambio recíproco, en el sentido de que lo comprendido bajo el Derecho excepcional se transforme en normal y viceversa.

A nuestro juicio, lo único que sucede es que, al fijar la Constitución los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico, el Código Civil ya no está en posición de cumplir la función de delimitar al máximo nivel aquello que se comprende dentro del Derecho normal y excepcional.<sup>170</sup>

El paso a la normalidad tiene su causa en que los principios generales son históricamente relativos y cambiantes en breves años. Basta modificar la disciplina de un sólo instituto para que un principio general sea sustituido por otro distinto.<sup>171</sup> Por lo tanto, una mutación en los principios generales del ordenamiento producirá la subsiguiente modificación en el ámbito que queda comprendido bajo el Derecho normal o excepcional.

Es obvio que la Constitución española de 1978 ha supuesto una trascendente variación

---

sostiene el Tribunal Supremo, de una norma restrictiva de los derechos subjetivos de los titulares dominicales urbanos, sino por el hecho de que en ella se contemplan medidas muy particulares que obedecen a casos y conyunturas específicas e individualizadas y, por esta razón resulta cuando menos complicado apreciar la similitud siempre exigida entre el supuesto regulado normativamente y aquellos otros supuestos no contemplados para poder proceder a la aplicación analógica de las normas.

<sup>170</sup> IRTI, NATALINO. "La edad de la descodificación", cit. pags 38 y 39, cuando alude a los microsistemas de normas que se alejan de los principios generales codificados. En un sentido similar, PENA LOPEZ, JOSE MARIA. "La historicidad del Derecho Civil", antes cit. pag. 19.

<sup>171</sup> IRTI, NATALINO. "Introduzione allo studio del Diritto Privato". antes cit. pag. 99.

de los principios fundamentales y generales de nuestro ordenamiento jurídico.<sup>172</sup> Generales son verdaderamente los principios constitucionales y, al estar dotados de un mayor rango normativo, deben prevalecer sobre la legislación ordinaria, dentro de la cual se incluye el Código.

En consecuencia, corresponde a la Constitución, en tanto que Norma Suprema que fija los principios generales del nuestro sistema jurídico, y no al Código Civil, trazar la frontera última que separa el ámbito del Derecho normal y excepcional. La Constitución ha venido a sustituir a los Códigos en la función delimitadora de los principios y disposiciones que quedan comprendidos bajo una y otra categoría de Derecho.<sup>173</sup>

Consiguientemente, aunque no podemos ser partidarios de posturas radicales que degraden al Código, en esta materia, *in toto* a la categoría de norma excepcional, estamos de acuerdo, con IRTI, en que "el Código es rebajado, en la concreción de la experiencia jurídica a Derecho residual"<sup>174</sup>, en la medida que contenga excepciones a los principios generales de superior rango contenidos en la Constitución.

---

<sup>172</sup> Analogamente y para la Constitución italiana de 1948, RODOTA, STEFANO. "Ipotesi sul Diritto Privato", cit. pag. 14. PERLINGIERI, PIETRO. "Por un Derecho Civil constitucional español", antes cit. pag. 9.

<sup>173</sup> En esta inteligencia, señala PENA ("La historicidad del Derecho Civil", cit. pag. 19) que, como consecuencia de la constitucionalización de las relaciones jurídico-privadas, "el Derecho Civil no tiene ya su fuente suprema en el Código Civil sino en la Constitución, y sus principios supremos, por lo tanto, no son, ya, los del CC. sino los Constitucionales, que consiguientemente, desde ahora, serán el punto de referencia último para la calificación de cualquier precepto, aunque sea del CC, claro está, como Derecho normal o excepcional.

<sup>174</sup> Ibidem. Supra.



Para algunos autores<sup>175</sup>, la residualidad del Código Civil se explica en base a que la disciplina codificada de la propiedad actúa sólo para aquellas categorías de bienes que, por su peculiar naturaleza, no quedan especialmente sujetas a las exigencias sociales que, en concrección de la función social, vengan a ser determinadas por el legislador.

Aquí obra la distinción entre bienes de consumo y productivos.<sup>176</sup> Estos últimos son los que verdaderamente deben cumplir una función social, porque su utilización repercute en el interés de la colectividad, al ser su destino crear nuevos bienes. Por el contrario, los bienes de consumo raramente sirven a fines que no sean la satisfacción del interés de su titular individual y, por lo tanto, no suelen quedar especialmente sujetos a exigencias de tipo social en su utilización.

Por consiguiente, desde el punto de vista de los sectores doctrinales ahora aludidos,

---

<sup>175</sup> Ya con anterioridad a la Constitución Española de 1978, LASARTE, CARLOS. "Propiedad privada e intervencionismo administrativo". Separata de la RGLJ núm. 2º, Agosto de 1975, pag. 151. BASSOLS COMA, MARTIN y GOMEZ FERRER MORANT, RAFAEL. "La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos", en AA.VV. "La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos". Ponencias y comunicaciones al V Congreso de Profesores de Derecho Administrativo. Ed. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1976, pags. 48 y 49. Tras la entrada en vigor de nuestra Norma Fundamental, por todos Vid. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo". Ed. Cívitas, Madrid 1980, pag. 229.

<sup>176</sup> La diferencia entre bienes de consumo y productivos carecía de relevancia en la concepción liberal de la propiedad, ya que no influía para nada en su ejercicio, al ser éste plenamente libre y confiado a la soberana voluntad del titular. No obstante, ahora la diferente naturaleza de los bienes determina su trascendencia social y, en consecuencia, su específico régimen jurídico de propiedad. Por este motivo, y desde la nueva perspectiva social, la distinción entre bienes de consumo y productivos adquiere gran trascendencia. Sobre este punto Vid. COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit. pags. 219 y 220. RODOTA, STEFANO. "Note critiche in tema di proprietà". Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. Anno XIV 1960, Ed. Giuffré, Milano, pag. 1323. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", antes cit. pags. 250 y 251. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto". Ed. Giuffré, Milano 1964, pag. 275. LENER, ANGELO. "Problemi generali della proprietà", en AA.VV. "Proprietà privata e funzione sociale". Seminario diretto dal Prof. Santoro Passarelli, Ed. Cedam, Padova 1976, pags. 14 a 17. SCALFI, GIANGUIDO. "Manuale de Diritto Privato", Tomo II, antes cit. pags. 20 y ss.

se entiende que la disciplina codificada de la propiedad privada es residual en tanto que los principios de libertad y autonomía consagrados por la misma sólo rigen en un estado puro a nivel de pequeñas decisiones económicas, es decir, a nivel de economía doméstica de consumo (microeconomía).<sup>177</sup>

Sin embargo, a nuestro modo de ver, la afirmación de la residualidad de la disciplina codificada de la propiedad privada debe relativizarse para dar cabida a la naturaleza de Derecho Común patrimonial que todavía contienen los principios y normas patrimoniales del Código Civil, aunque ahora con los límites o correctivos interpuestos al orden liberal por el advenimiento del Estado Social.

La Constitución es una norma de naturaleza abierta, incompleta e inacabada que, tanto en materia de propiedad, como en otras muchas materias, fija principios y directrices generales que, aunque vinculantes, han de ser concretados o desarrollados por el legislador ordinario para cada supuesto específico.

No obstante, las leyes que desenvuelven los dictados patrimoniales de la Constitución a menudo nacen para dar una respuesta normativa a problemas excesivamente particulares o específicos que casuísticamente se plantean.<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> RODOTA, STEFANO. "Ipotesi sul Diritto Privato", antes cit. pag. 13.

<sup>178</sup> Basta con observar las Exposiciones de Motivos de algunas leyes que desarrollan el principio constitucional de la función social para darse cuenta de que se trata de disposiciones legislativas cuyo objetivo o finalidad es la regulación de supuestos concretos determinados. Así, en la Exposición de Motivos de la ya citada Ley Extremeña de Regadíos se admite que la Ley tiene entre sus objetivos la corrección y prevención de circunstancias coyunturales que puedan provocar una desviación vocacional de un regadío, que en consecuencia conduzca a su infrautilización (Exp. Mot. nº 5). Literalmente la aludida Exposición continúa diciendo que "esta Ley persigue una profunda tecnificación de nuestros regadíos que se compatibilice con el cumplimiento de la función social de los mismos". (Exp. Mot. nº 7).

Por lo tanto, debido a su propia naturaleza puntual, en múltiples casos las leyes que desarrollan y concretan la disciplina constitucional de la propiedad privada albergan regulaciones muy dispares entre sí. En este contexto, la normativa codificada actúa como telón de fondo, como parámetro de referencia o denominador común que facilita el orden y la coherencia en el *mare magnum* legislativo que surge tras la CE de 1978.

Es decir, la Constitución española fija los principios rectores e inspiradores del régimen jurídico de la propiedad privada, mientras que al Código le corresponde la función de dar sistematización y coherencia interna a la amalgama de disposiciones legislativas que especifican los contenidos constitucionales en materia patrimonial.

En otros casos, las leyes que desarrollan los principios constitucionales, al ser concebidas para supuestos concretos, contienen una regulación incompleta y por lo tanto, imperfecta. De nuevo en este punto el Código Civil cumple la importante función de ser un útil instrumento para colmar las lagunas normativas que puedan existir en este tipo de disposiciones, dándoles completitud.

De este modo, la disciplina codificada de la propiedad privada desempeña el papel de Derecho Común que se aplica residual y supletoriamente para completar y ordenar sistemáticamente la reglamentación patrimonial que se recoge en las leyes especiales que concretan los postulados constitucionales.

En definitiva, si esto es así, la proliferación de leyes especiales que desarrollan los principios patrimoniales fijados por la Constitución no puede servir de alegato en base al cual se propugne la residualidad absoluta del Código Civil. La normativa codificada es el marco armonizador que dota de un cierto orden racional y coherente a la totalidad del sistema

patrimonial, incluyendo también aquellas leyes que derivan de la disciplina constitucional.

Como acertadamente ha destacado R. BERCOVITZ, "el Código es heredero principal de toda la dogmática jurídica que, procedente del Derecho Común, fue trasvasada al Derecho moderno precisamente a través de los textos codificados, y por ello ha sido y sigue siendo la base del razonamiento y de las construcciones jurídicas. En sus artículos se encuentran encarnadas ejemplarmente la mayor parte de los dogmas, figuras, técnicas y conceptos, frutos de la tradición y de la doctrina, que constituyen el acervo común de los juristas. *Por ello se ha podido decir, con fundamento, que el Código Civil sigue siendo el texto legal que contiene las bases de nuestro sistema patrimonial.* El abandono del Código supone la dilapidación de ese conjunto de conocimientos, esencial para el desarrollo armonioso del Derecho Privado e incluso del Derecho en general".<sup>179</sup>

#### IV. PRECEPTOS NUCLEARES EN LA CONSTITUCIONALIZACION ESPAÑOLA DEL DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL.

La concepción liberal de la propiedad privada como un derecho sagrado, inviolable y libre en su ejercicio, lejos de servir al interés general de la colectividad, había favorecido la satisfacción egoísta del interés individual, que no tardó en convertirse en un importante freno al desarrollo económico-productivo, así como en factor de fomento de la desigualdad y la dominación entre los hombres.

Como reacción contra las negativas consecuencias socio-económicas que había

---

<sup>179</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO. Prólogo a la edición de Tecnos del Código Civil. Duodécima Edición Madrid 1993, pags. 21 y 22. El subrayado es nuestro. Cita igualmente recogida por MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS. "El Derecho Civil a finales del Siglo XX", antes cit. pags. 67 y 68.

producido la configuración liberal del dominio, comienza a hacerse generalizada la idea de que la propiedad debería ejercitarse no sólo en interés propio del titular, sino también en interés de la colectividad.

Para hacer efectiva la compatibilidad interés individual-social se mostraba como una necesidad acuciante sujetar el derecho de propiedad sometiéndolo a Derecho, mediante la imposición de los necesarios límites a la actividad del propietario.

La configuración jurídica actual de la propiedad se encuentra íntimamente ligada a la declaración constitucional de que España es un Estado Social y Democrático de Derecho (Art 1), que propugna, y no solamente declara, como valores superiores de su ordenamiento jurídico (entre otros) la libertad y la igualdad, con la firme intención de instaurar así un orden económico-social justo.<sup>180</sup>

La utilización por nuestro último constituyente del verbo "propugnar" prueba que su *desideratum* es lograr una efectiva y material realización de la igualdad y la libertad, cosa que difícilmente sería factible si se hubiera preferido usar el verbo "declarar", ya que éste podría llegar a justificar interpretaciones que pretendiesen reducir estos derechos a meras declaraciones programáticas carentes de efectividad práctica. Quizás sea ésta la razón por la que se omite el verbo "declarar" optándose por la expresión "propugnar", mucho más coherente con el espíritu del Estado Social que la misma Constitución proclama.

La posible duda que en el contexto del Art. 1.1. CE. se pudiese plantear acerca del

---

<sup>180</sup> Esta finalidad primordial de fundar un orden económico-social justo es patente ya en el Preámbulo de la CE de 1978 cuando allí se afirma que "la Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad, y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: [...] garantizar la convivencia democrática, dentro de la Constitución y las leyes conforme a un orden económico y social justo ...".

tema debatido, aparece totalmente disipada a favor de un concepto material de igualdad y libertad, cuando se acude a la lectura del párrafo 2º del Art. 9 CE, que reza de la siguiente manera:

"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social."

Como ya resulta deducible de su tenor literal, el Art. 9.2 CE persigue la superación de la rígida igualdad formal propia del orden liberal, para promover un principio de igualdad que sea más acorde y coherente con la definición del Art. 1 CE que constituye a España en un Estado Social y Democrático de Derecho.<sup>181</sup>

Ahora nuestra Constitución no se conforma, como ocurría en el orden liberal, con

---

<sup>181</sup> El Tribunal Constitucional se ha manifestado en reiteradas ocasiones sobre la necesidad de dotar a la igualdad de un carácter más coherente con el modelo de Estado que ha sido proclamado por la Constitución de 1978. Así, en Sentencia 3/83 de 25 de Enero (Fto. Jco. 3º) nuestro Alto Tribunal al referirse al Art. 9.2 CE. ha manifestado que *"con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del Art. 1 que constituye a España como un Estado social de Derecho, por lo que en definitiva se ajusta a la CE. la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho laboral en garantía de la protección de la igualdad real [...]"*. En el mismo sentido ya se había manifestado el TC. en STC. 19/1982 de 5 de Mayo (Fto. Jco. 6º) al declarar que *"la determinación de qué deba entenderse, en el contexto del presente caso, por la desigualdad que entrañe discriminación, viene dada por la propia Constitución, que obliga a dar relevancia a determinados puntos de vista entre los cuales descuella el principio del Estado social y democrático de derecho del Art. 1.1, que informa una serie de disposiciones como el mandato del Art. 9.2 CE [...]"*. Vid. también SSTC 14/83 de 28 de Febrero (Fto. 3º) y 34/81 de 10 de Noviembre (Fto. 3º). En esta misma línea argumentativa, el Tribunal Supremo (STS 20 Mayo 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 5 RJA 5827) ha señalado que *"no es fácil precisar cuál es el alcance del sintagma Estado social, pero es claro que su dirección apunta hacia el logro de esa igualdad real y efectiva de que nos habla el artículo 9.2 de la Constitución"*.

hacer individuos formalmente libres e iguales ante el Derecho formal,<sup>182</sup> ya que lo que verdaderamente le preocupa es dotar de auténtica efectividad a estos derechos, porque no es admisible que queden a nivel de meras declaraciones programáticas vacías de contenido.

Si esto es así, el Art. 9.2 CE no puede ser concebido como una mera directriz simplemente orientadora de la acción pública. Por el contrario, no cabe duda que el citado precepto, además de ser un auténtico derecho de todos los ciudadanos a obtener un trato igual, constituye una auténtica obligación que compele a los poderes públicos para que adopten cuantas medidas sean necesarias en orden a garantizar la efectiva realización material del derecho a ser tratados igualmente<sup>183</sup>, habida cuenta que la Constitución española de 1978 vincula de manera directa e inmediata a todos los poderes públicos sin excepción, de acuerdo con el párrafo 1º del Art. 9 CE que dispone "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución ...".<sup>184</sup>

---

<sup>182</sup> Aunque es cierto que gracias a las teorías liberales fueron muchos los progresos acaecidos (industrialización, avance vertiginoso y progreso en el continente europeo, etc.), no es menos cierto que la concepción liberal de determinadas instituciones, y del Derecho en general, provocó importantes consecuencias negativas. Así, uno de los principales errores que se imputan al liberalismo es una concepción excesivamente rígida, formalista y juricista del Derecho. Esta visión excesivamente formal había llevado a situaciones paradójicas tales como proclamar solemnemente el derecho a la inviolabilidad del domicilio a quien vivía en "chabolas", o la libertad de prensa para una mayoría analfabeta. Para una crítica del formalismo juricista propio del orden liberal Cfr. HELLER, HERMANN. "Escritos políticos", antes cit. pags. 269 y ss. MURILLO FERROL, FRANCISCO. "La redistribución de la riqueza", en AA.VV. "Constitución y Economía", Ed. Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid 1977, pag. 179.

<sup>183</sup> Vid. STC. 60/84 de 16 de Mayo (Fto. Jco. 2º)

<sup>184</sup> Tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional en Sentencia 16/82 de 28 de Abril (Fto. 1º), "Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que han sido objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos a ella". Así, pues, "la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos [...]. Los titulares de los poderes públicos tienen además de un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, es decir, que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma ..." (STC. 101/83 de 18 de Noviembre. Fto. 3º). En la misma línea STC

Por lo tanto, la igualdad deja de ser un derecho negativo que quedaría garantizado con la mera inacción estatal, para convertirse en un auténtico derecho positivo, en cuya efectiva realización los poderes públicos desarrollan un papel imprescindible.<sup>185</sup>

En definitiva, la tutela de la personalidad mediante la promoción de la igualdad sustancial supera el ámbito meramente defensivo, solicitando la intervención del poder público para su integral realización.<sup>186</sup>

Libertad e igualdad adquieren así una auténtica dimensión material, porque la verdadera realidad de estos derechos se logra a través de mecanismos constitucionales que promueven su efectividad.

De esta forma, el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos para que mediante su comportamiento activo logren una auténtica efectividad de la libertad e igualdad de los individuos y los grupos en los que se integran, opera como freno respecto a la posibilidad de que instituciones jurídico-privadas vuelvan a ser, como lo eran en la etapa liberal, origen de una ausencia total de libertad y de la más profunda desigualdad.<sup>187</sup>

---

122/83 de 16 de Diciembre. (Fto. 4º).

<sup>185</sup> Sobre la distinción entre igualdad positiva y negativa, así como el nuevo sentido que ha de dotarse a ésta última en el seno del Estado Social como mecanismo de reacción frente a la arbitrariedad política, GARCIA MORILLO, JOAQUIN. AA.VV. "Derecho Constitucional", Vol I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1991, pag. 143. También en la misma obra colectiva, PEREZ TREMPES, PABLO. pag. 117. En este mismo sentido, MONTES PENADES, VICENTE "Derecho Civil. Parte General". A. López y V. L. Montés (Coords). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1992, pag. 51.

<sup>186</sup> RODOTA, STEFANO. "Ipotesi sul Diritto Privato", antes cit. pag. 15.

<sup>187</sup> En este sentido y en relación al estudio del Art. 3.2 de la Constitución italiana, que constituye el antecedente de nuestro Art. 9.2, ha sido puesto de manifiesto por GALGANO que "el cambio radical en la concepción del poder es activado por el párrafo 2º del Art. 3º donde se encuentra la denuncia de los obstáculos de orden económico y social, que limitando de hecho la libertad e igualdad entre los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de



Una concepción formalista excesivamente rígida de la igualdad podría constituir un insalvable obstáculo que los poderes públicos habrían de remover para lograr la real y efectiva realización de este derecho. En consecuencia, los postulados del Estado Social, y en concreto el Art. 9.2 CE, parecen aconsejar una cierta flexibilización o materialización de la igualdad formal que permita el pleno desenvolvimiento de la igualdad sustancial.

En el marco actual del Estado de Bienestar proclamado por la CE, el principio de igualdad ya no puede ser comprendido como sinónimo de la mera interdicción de toda diferenciación jurídica formal<sup>188</sup>, ya que ahora no se trata de lograr una parificación jurídica de individuos y situaciones desiguales, sino de distinguir aquello que merece ser distinguido en realidad.<sup>189</sup>

En este sentido, la constitucionalización de la igualdad material compele a los poderes públicos para que a la hora de desempeñar sus cometidos no ignoren situaciones de hecho diferenciadas que puedan tener relevancia jurídica.<sup>190</sup> Esto implica que la regulación legislativa de una institución (en nuestro caso propiedad privada) ha de considerar necesariamente las diferencias fácticas que puedan existir, para obrar en consecuencia otorgándoles el trato que les corresponde. Diferencia de trato que no resulta vulneradora del principio de igualdad siempre y cuando se halle justificada objetiva y razonablemente, en base

---

todos los trabajadores en la organización política social y económica de todo el país". Vid. GALGANO, FRANCESCO. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", cit. pags. 58/1 y 58/2. Idem. "Diritto Civile e Commerciale", cit. pag. 83. Igualmente "Diritto Privato", antes cit. pag. 48.

<sup>188</sup> En la actualidad una concepción absoluta del principio de igualdad ha de ser rechazada de antemano. En torno a esta precisión, STS 7 Octubre 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 5º (RJA 7579).

<sup>189</sup> Al respecto y muy brevemente, RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en REDC, núm 31, Ene-Abril 1991.

<sup>190</sup> Vid. SSTs. 9 Abril 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 1738), 26 Enero 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 269), 12 Septiembre 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 5º (RJA 6613).

a circunstancias que aconsejen distinguir jurídicamente aquello que en la realidad fáctica merezca ser distinguido.<sup>191</sup>

Esta nueva dimensión que el principio de igualdad adquiere en nuestro ordenamiento permite apelar al Art. 9.2 CE (y en concreto a la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva) para introducir legislativamente un trato diferenciado que tenga como fin la protección de intereses desasistidos o de sectores tradicionalmente discriminados y dotados de menores medios efectivos para la defensa de sus derechos<sup>192</sup>, pues la distinción jurídica que se lleva a cabo no puede ser considerada como una medida discriminatoria al aparecer justificada

---

<sup>191</sup> A este respecto reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Destacamos entre otras las siguientes Sentencias: 22/81 de 2 de Julio Fto. 3º, 23/81 de 10 de Julio Fto. 3º, 34/81 de 10 de Noviembre, Fto 3º, 7/82 de 26 de Febrero Fto. 3º, 19/82 de 5 de Mayo Fto. 3º, 59/82 de 28 de Junio Ftos. 2º y 3º, 3/83 de 25 de Enero Fto. 3º, 14/83 de 28 de Febrero Fto 3º, 49/83 de 1 de Junio Ftos. 4º y 5º, 75/83 de 3 de Agosto Fto 2º, 109/83 de 29 de Noviembre Fto. 3º, 114/83 de 6 de Diciembre Fto. 2º, 6/84 de 24 de Enero Fto. 2º, 23/84 de 20 de Febrero Fto. 6º, 26/84 de 24 de Febrero Fto. 3º, 43/84 de 26 de Marzo Fto. 3º, 46/84 de 28 de Marzo Fto. 1º, 60/84 de 16 de Mayo Fto. 2º, 78/84 de 9 de Julio Fto. 2º, 93/84 de 16 de Octubre Fto. 3º, 99/84 de 5 de Noviembre Fto. 2º, 95/85 de 29 de Julio Fto. 9º, 180/85 de 19 de Diciembre Fto. 2º, 76/86 de 9 de Junio Fto. 3º, 107/86 de 24 de Julio Fto. 2º, 29/87 de 6 de Marzo Fto. 5º, 30/87 de 11 de Marzo Fto. 2º, 84/87 de 29 de Mayo Fto. 3º, 99/87 de 11 de Junio Fto. 6º, 105/87 de 22 de Junio Fto. 1º, 123/87 de 15 de Julio Fto. 4º, 195/87 de 10 de Diciembre Fto. 2º, 207/87 de 22 de Diciembre Fto. 2º, 209/87 de 22 de Diciembre Fto. 3º, 67/88 de 18 de Abril Fto. 5º, 100/88 de 7 de Junio Fto. 3º, 109/88 de 8 de Junio Fto 1º, 170/88 de 29 de Septiembre Fto. 2º, 253/88 de 20 de Diciembre Fto. 5º, 9/89 de 23 de Enero Fto. 1º, 25/89 de 3 de Febrero Fto. 2º, 39/89 de 16 de Febrero Fto 2º, 68/89 de 19 de Abril Fto. 1º, 90/89 de 11 de Mayo Fto. 4º, 50/91 de 11 de Marzo Fto. 4º, 216/91 de 14 de Noviembre Ftos. 5º y 6º, 28/92 de 9 de Marzo Fto. 4º, 109/93 de 25 de Marzo Fto. 3º, 177/93 de 31 de Mayo Fto. 2º, 27 Mayo 1993 (R.A Civ. 176) Fto. 2º. La doctrina del Tribunal Constitucional ha sido recogida por el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Citaremos tan sólo aquellas que reproduzcan con mayor fidelidad los argumentos del Tribunal Constitucional, porque de lo contrario la lista ya suficientemente amplia sería interminable: SSTs 9 Abril 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 1738), 7 Julio 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 1º (RJA 4194), 27 Noviembre 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 7093), 1 Junio 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 3980), 14 Enero 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 277), 10 Marzo 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 5º (RJA 2257), 12 Septiembre 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 5º (RJA 6613), 7 Octubre 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 5º (RJA 7579), 31 Octubre 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 8342).

<sup>192</sup> GARRORENA MORALES, ANGEL. "El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho", cit. pag. 70.

objetivamente en razones de equidad, de justicia material y de satisfacción de una demanda social que se conecta con objetivos de justicia que la propia Constitución ha elevado a la categoría de valores superiores del ordenamiento.<sup>193</sup>

De esta manera, la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva se podría concretar en la adopción de medidas compensatorias de las desigualdades de hecho en favor de aquellos sujetos que, por las razones a las que haya lugar, se encuentran en una más frágil posición en las relaciones jurídicas, contractuales y económicas.

Tal es el caso de los trabajadores, consumidores, arrendatarios, menores incapacitados y, en general, de todos los destinatarios de la normativa integrante del orden público de protección.

Pues bien, en el Art. 9.2 CE encuentran justificación todas aquellas medidas normativas que, estableciendo un trato diferenciado, tiendan a favorecer a la parte débil en la relación contractual, con la finalidad de lograr una efectiva realización de la igualdad material.<sup>194</sup> En este sentido, forman parte en la Constitución de esta normativa del orden público de protección al máximo nivel el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos (Art. 39.1 CE), de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (Art. 47 CE), de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y

---

<sup>193</sup> STC. 76/86 de 9 de Junio (Fto. Jco. 3º).

<sup>194</sup> Se trata de uno de los razonamientos que en repetidas ocasiones utiliza el Tribunal Constitucional para fundamentar y explicar el carácter tuitivo del derecho laboral respecto de los trabajadores, así Vid. STC 3/83 de 25 de Enero Fto. Jco. 3º, 14/83 de 28 de Febrero Fto. Jco. 3º, 109/83 de 29 de Noviembre Fto Jco.3º, 114/83 de 6 de Diciembre Fto. Jco. 2º y 99/87 de 11 de Junio Fto. Jco. 6º, entre otras.

psíquicos (Art. 49 CE), de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos (Art. 51.1 CE) o finalmente, el deber de establecer cuantas medidas sean necesarias para facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (Art. 129.2 CE).<sup>195</sup>

Por consiguiente, el Art. 9.2 CE, además de ser un correctivo de la rígida igualdad formal, extiende su eficacia hasta impulsar y servir de soporte a una interpretación convenientemente material o sustancial de los demás contenidos constitucionales (en especial la propiedad, las relaciones de producción, las relaciones sociales, la planificación, etc.)<sup>196</sup> y, tras ellos, la totalidad del ordenamiento jurídico.

En este sentido, convenimos en señalar con GALGANO que el Art. 9.2 CE es premisa fundamental en la constitucionalización del Derecho Privado, ya que ofrece el marco en el

---

<sup>195</sup> Particularmente, con medida de coestión se conseguirá, como afirma GARCIA PELAYO, "que la autoridad derivada directa o indirectamente de la propiedad privada de los medios de producción pueda ser compatible con la derivada del trabajo que la hace productiva", lo que a su vez reducirá la desigualdad fáctica existente en las relaciones laborales entre la posición que ocupa el empresario-propietario y el lugar en que se sitúa en las mismas el trabajador. Al respecto Vid. GARCIA PELAYO, MANUEL. "Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución", antes cit. pag. 36. Este es el correcto sentido que ha de ser descubierto en la interpretación del Art. 129.2 CE. Desde esta perspectiva, se podríán rechazar potenciales pretensiones que quisieran ver en el citado precepto la consagración constitucional de la propiedad colectiva de los medios de producción. Una lectura de tal tipo sería totalmente contraria al modelo de Estado proclamado por nuestra Norma Fundamental, así como también a todos cuantos preceptos constitucionales lo concretan. La obligación de los poderes públicos de facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción deberá llevarse a cabo con el pleno respeto a la propiedad privada constitucionalmente garantizada y mediante las legítimas formas de su adquisición. Consecuentemente, es en el marco de estos parámetros, y en general en el de la legitimidad constitucional, donde se ha de desarrollar la acción estatal tendente a facilitar el acceso de los trabajadores a los medios de producción. Más ampliamente sobre el tema, PRADOS DE REYES, FRANCISCO JAVIER y VIDA SORIA, JOSE. "La participación social en el texto de la Constitución", "Comentario al Art. 129 CE", en Comentarios a las Leyes Políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo X (Artículos 128 a 142), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1985, pags 88 y 89.

<sup>196</sup> GARRORENA MORALES, ANGEL. "El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho", antes cit. pag. 60.

que se van a desenvolver las restantes disposiciones constitucionales que regulan las relaciones entre los particulares y, en concreto, actúan la función de limitar y sujetar a Derecho el derecho de propiedad.<sup>197</sup>

La propiedad privada se encuentra limitada por el obligado respeto a los restantes derechos constitucionalmente garantizados y protegidos, como lo son la igualdad y la libertad. Desde el punto de vista constitucional no resulta tolerable una reglamentación legislativa que prevéa una disciplina del ejercicio de las facultades dominicales que se traduzca en situaciones patrimoniales de ventaja fundamentales, absolutas o inviolables, pues tal posibilidad aparece de antemano condenada por el Art. 9.2 CE. Para el caso de que este tipo de situaciones se planteasen en la práctica, éstas constituirían obstáculos en orden a la realización material de la libertad e igualdad que, en todo caso, los poderes públicos tendrán la obligación de remover, en virtud del mandato que les dirige el citado precepto de la Norma Fundamental de 1978.<sup>198</sup>

En definitiva, nuestra Ley de leyes prima la efectiva realización de la libertad y la igualdad frente a la propiedad privada, ya que el ejercicio de este último derecho nunca podrá llevar aparejado una negación de los derechos fundamentales mentados primeramente.

En esta línea, la propia ubicación sistemática del derecho de propiedad en nuestra

---

<sup>197</sup> Analogamente y para el Art. 3.2 de la vigente Constitución italiana, GALGANO, FRANCESCO. "Il Diritto Privato fra Codice ed Costituzione", antes cit. pag. 58/2. Idem. "Diritto Privato", cit. pag. 48. Igualmente "Diritto Civile e Commerciale", cit. pag. 83.

<sup>198</sup> Se trata de un razonamiento inspirado en las consideraciones que MICHELE COSTANTINO efectúa en torno al Art. 3.2 Constitución italiana, que como es sabido, constituye el modelo inmediato, casi trasplantado, del Art. 9.2 CE. Al respecto COSTANTINO, MICHELE. "Propietarios y sujetos interesados en el uso social de los bienes", Trad. de Vicente Montés, en la obra de Nicolás Lipari "Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza". Prólogo de Evelio Verdura y Tuells, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1980, pag. 231.

Constitución es sintomática también de la efectividad en la protección de los derechos fundamentales frente a su posible lesión por el ejercicio de las facultades dominicales.

Efectivamente, el derecho a la propiedad privada se reconoce en la Sección 2ª (De los derechos y deberes de los ciudadanos) del Capítulo II (Derechos y libertades) del Título I (De los Derechos y deberes fundamentales), y no en la sección correspondiente a los derechos de la personalidad, en perfecta congruencia con la pérdida de su naturaleza de derecho "inviolable y sagrado", porque en ningún lugar de nuestra Constitución se puede encontrar la más mínima expresión que haga referencia a dicha naturaleza.

Desde este ángulo formal, la propiedad ha dejado de ser en nuestra Constitución un derecho fundamental en sentido estricto, porque no aparece incluido en la Sección 1ª del Capítulo 2º (De los derechos fundamentales y de las libertades públicas), sino que se halla en la Sección 2ª del mismo Capítulo (Derechos y deberes de los ciudadanos).

En el ordenamiento jurídico actual, toda pretensión de seguir viendo a la propiedad como un derecho en principio intangible y tendencialmente ilimitado en su ejercicio, está condenada al fracaso, ya que la CE. lleva hasta sus más últimas consecuencias la declaración de que España es un Estado Social Democrático y de Derecho (Art.1 CE). Por este motivo, seguir refiriéndose a la propiedad con el calificativo de derecho inviolable y sagrado resultaría incongruente con el modelo de Estado que asume nuestro Texto Fundamental, así como con las declaraciones constitucionales que lo concretan.

En este entendimiento, la afirmación de que la propiedad privada ya no se encuentra entre los derechos fundamentales proclamados por la Constitución, parece confirmarse por la distinta tutela que en la misma se les otorga. En virtud del Art. 53.1 de nuestra

Constitución, la propiedad, al estar incluida en la Sección 2ª, y no en la 1ª, del Capítulo 2º, gozará sólo de la protección concedida mediante la articulación del recurso de inconstitucionalidad (remisión Art. 53.1 a 161.1a), siendo inviable la defensa mediante recurso de amparo (Art. 53.2), que se reserva para los derechos fundamentales en sentido estricto.<sup>199</sup>

El profundo sentido social que asume nuestra Norma Fundamental en su Título Preliminar (Arts. 1.1 y 9.2 CE) se desarrolla y concreta a lo largo de su articulado mediante toda una serie de principios que tienen como fin la consecución del interés social de la comunidad. A la cabeza de todos ellos se encuentra la función social que el Art. 33.2 CE asigna a la propiedad privada en su ejercicio.

El citado precepto dispone: "la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes".

La consagración constitucional del principio de la función social confirma la intención de nuestro último constituyente (manifestada básicamente en el Art. 9.2) de evitar cualquier traba que impida o dificulte el desarrollo económico y social, pues, por aplicación de este principio la propiedad privada no podrá ser utilizada como alegato para estorbar u obstaculizar la realización de políticas estatales tendentes a favorecer las transformaciones sociales y económicas.

---

<sup>199</sup> En ciertas ocasiones, el Tribunal Supremo ha negado tajantemente la posibilidad de proteger la propiedad privada mediante los mecanismos de tutela y garantía contenidos en el párrafo segundo del Art. 53. CE. Así, en STS 9 Mayo 1990 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 1º (RJA 6389) se sostiene que el recurso de amparo "viene circunscrito a la protección de los Derechos Fundamentales de la Persona que la LOTC 2/79 del 3 de octubre en su disposición transitoria 29.2, concretó en los garantizados por el artículo 14 de la Constitución y los contenidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título 1º de dicho Texto, por cuanto queda excluido del mismo la protección dominical frente a los eventuales vicios expropiatorios que encuentra su asiento en los procesos ordinarios..." Vid. igualmente STS. 21 Marzo 1983 (Cont-Adm) Cdos. 2º y 3º (RJA 1558).

Para que este loable propósito constitucional se vea hecho realidad es conveniente operar una relativa ruptura del vínculo que en el Siglo XIX unía indisolublemente propiedad y libertad.

En el ámbito del Estado Social, y totalmente superados los esquemas liberales, resulta cuando menos poco factible que el ejercicio de las facultades dominicales se confíe completa y absolutamente a la onnipotente y soberana voluntad del titular para la realización de sus necesidades individuales.

Por el contrario, de lo que ahora existe necesidad es de limitar la voluntad del propietario para que éste ejerza su derecho de un modo que repercuta positivamente en el interés social de la comunidad.

Límites tales que, desde el momento en que entran a formar parte del contenido dominical, alteran su esencia, dejando de ser la propiedad un derecho intangible y tendencialmente libre en su ejercicio para pasar a convertirse en normalmente limitable en función del interés social.

Sin embargo, el principio de la función social y su consideración como límite normal del contenido dominical no ha de ser mal interpretado, pues con su consagración constitucional en ningún caso se pretende eliminar completamente y de raíz la libertad de la que goza el propietario en el ejercicio del derecho que le corresponde.

Una quiebra total y absoluta de la ligazón libertad-propiedad sería, en todo caso, contraria al reconocimiento y garantía constitucional de este último derecho, ya que su titularidad se sigue atribuyendo al sujeto individual para la satisfacción de sus necesidades



particulares (como su propio nombre indica).

La Constitución española de 1978 garantiza y protege plenamente la libertad que tiene todo propietario para elegir el destino aplicable a los bienes que le pertenecen. Tan sólo en aquellos supuestos en los que el destino elegido convierta al ejercicio del derecho de propiedad en un insalvable obstáculo a la realización del interés social, la imposición de límites será no sólo constitucionalmente legítima, sino también necesaria.

En estos casos, los poderes públicos podrán acudir a medidas como la expropiación o venta forzosa, la exacción de impuestos, los planes de mejora forzosa, la intervención de empresas, etc. para garantizar, en el ejercicio del derecho de propiedad, la satisfacción del interés social o general que el propietario no fue capaz de alcanzar por sí mismo.

Por consiguiente, no hay duda de que nuestra Norma Fundamental reconoce, garantiza y protege un ámbito de libertad en el ejercicio del derecho de propiedad. No obstante, lo que sí resulta censurable desde la perspectiva constitucional es que el titular dominical use de su libertad en una forma egoísta que transforme a la propiedad en un serio impedimento para el desarrollo económico-social y el bien de la colectividad en general.

Así las cosas, preferimos calificar como relativa la ruptura del vínculo propiedad-libertad, porque mediante la imposición de límites al ejercicio del derecho de propiedad, nuestra Norma Fundamental y las disposiciones legislativas que la desarrollan solamente pretenden llevar a efecto un control social de la libertad individual de propietario, orientando y encauzando la actividad individual hacia la consecución del interés social de la comunidad.

En consecuencia, desde los postulados del Estado Social proclamados por la CE de

1978, no es sólo lícito, sino conveniente, un relativo sacrificio de la libertad individual del propietario, siempre y cuando así lo aconseje la realización de un interés social relevante y específico constitucionalmente promovido.

Quiere ello decir que dentro de aquellos objetivos que presiden el modo de actuar del propietario ya no se halla únicamente presente la satisfacción del interés individual, sino que simultáneamente aparece la realización del interés social de la colectividad. Ambos tipos de interés aparecen íntimamente ligados en el seno del derecho de propiedad. Entre ellos se aprecia un delicado equilibrio que constituirá el marco de referencia en base al cual ha de deducirse el sentido que la función social de la propiedad privada cobra en nuestro ordenamiento constitucional.

Sin embargo, para mejor comprender la verdadera operatividad de este principio constitucional, el Art. 33.2 no puede ser interpretado aisladamente, sino que es necesario interrelacionarlo sistemáticamente con otros múltiples preceptos constitucionales que vienen a determinar su acción respecto de las distintas situaciones jurídicas de propiedad.<sup>200</sup>

Entre ellos son dignos de mención la subordinación de la riqueza al interés general (Art. 128.1 CE), el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica (Art.

---

<sup>200</sup> Al respecto, BASSOLS COMA, MARTIN ("Constitución y sistema económico", cit. pag. 118), estima que "para la comprensión del alcance constitucional del derecho de propiedad no debemos atenernos exclusivamente al Art. 33, sino que debe de interpretarse conjuntamente con otras instituciones generales (Arts. 53.1, 106.2, 132) y preceptos o cláusulas específicas contenidas en el Capítulo correspondiente a los Principios rectores de la política social y económica [...] así como a la cláusula general del Art. 128 que determina que "toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general". Comparten también esta idea DIEZ PICAZO, LUIS. "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad en la CE." en "Estudios sobre la CE en homenaje al Prof. García Enterría", Vol II. De los derechos y deberes fundamentales. Ed. Civitas, Madrid 1990, pag. 1257. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", Civitas, Madrid 1988, pag. 141. PEREZ LUÑO, ANTONIO E. "Comentarios a las Leyes Políticas Españolas", Art. 33, Tomo III (Arts 24 a 38) dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1983. pag. 405.

128.2 CE), el deber de los poderes públicos de defender la productividad (Art. 38 CE), de promover las condiciones favorables para el progreso económico y social (Art. 40.1 CE), de atender a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos (Art. 130.1 CE), de estimular el crecimiento de la renta y la riqueza, así como su más justa distribución (Art. 131.1 CE), etc.

De un análisis conjunto de las disposiciones citadas, se deduce que las genéricas exigencias derivadas de la indeterminada cláusula de la función social contenida en el Art. 33.2 CE se concretan en diversas autorizaciones o, en su caso, mandatos que a nivel constitucional, legitiman a los poderes públicos para que intervengan en los procesos económico-productivos.<sup>201</sup>

A fin de cumplir con lo que dispone Art. 33.2 CE, la mediación pública ha de procurar que la actividad económica de empresarios-propietarios se desarrolle en una forma coherente con los fines de interés general constitucionalmente consagrados (Art. 128.1 CE).

En orden a alcanzar este fundamental objetivo el Estado ha de garantizar la defensa de la productividad, el incremento de la riqueza y su más justa distribución, adoptando para ello toda una serie de medidas que van desde el simple incentivo de la actividad productiva a la imposición de límites en el ejercicio del derecho de propiedad sobre bienes productivos,

---

<sup>201</sup> La intervención estatal en materia económica no es sólo perfectamente coherente con el modelo de Estado Social proclamado por la Constitución española de 1978 en su Art. 1.1, sino que ese imprescindible y necesaria para lograr una auténtica realización y hacer efectivos todos y cada uno de los derechos económico-sociales que nuestra Norma Fundamental reconoce. Así, el Tribunal Constitucional tanto en Sentencia 18/84 de 7 de Febrero (Fto. Jco. 3º), como en Sentencia 23/84 de 20 de Febrero (Fto Jco. 4º) estima que: *"el reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico y social -reflejado en diversos preceptos de la Constitución- conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos, a la vez que dota de trascendencia social al ejercicio de los derechos por los ciudadanos -especialmente los de contenido patrimonial, como la propiedad- y al cumplimiento de determinados deberes"*.

pasando por la organización general de sectores económicos mediante la planificación.<sup>202</sup>

Aunque el Art. 38 CE. reconozca la iniciativa económica privada, la intención de nuestro último constituyente de evitar que la propiedad se convierta en un obstáculo para el desarrollo económico (Arts 9.2 y 33.2 CE.), justifica, e incluso a veces convierte en necesaria, la existencia de intervenciones legislativas que impulsen, favorezcan o incentiven en determinados sectores económicos la actividad productiva del propietario, cuando el destino del bien objeto de su derecho sea la producción de otros bienes o servicios.

A título ejemplificativo se podría citar entre esos mecanismos incentivadores, el establecimiento de subvenciones, inversiones, contribuciones económicas a fondo perdido, exenciones o bonificaciones tributarias, etc.<sup>203</sup>

Ahora bien, para el caso de que estos incentivos no logren orientar la actividad económica de los sujetos privados hacia fines de interés general, el Estado, con base en los Arts. 128.2 y 131 CE, podrá acudir a una triple opción.

Por un lado, podrá disciplinar y organizar de modo general la actividad económica de un determinado sector, mediante la planificación de las grandes decisiones y opciones macroeconómicas (Art. 131 CE).<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> En otras ocasiones el Estado participa en las relaciones económicas a modo de un empresario más. En torno a esta posibilidad, DUQUE DOMINGUEZ, JUSTINO. "Iniciativa privada y empresa", antes cit. pag. 59. BASSOLS COMA, MARTIN. "Constitución y sistema económico", cit. pag. 142. GARRORENA MORALES, ANGEL. "El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho", antes cit. pags. 78 y 79.

<sup>203</sup> GALGANO, FRANCESCO. "La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative." antes cit. pag. 198.

<sup>204</sup> BASSOLS COMA, MARTIN. "Constitución y sistema económico", antes cit. pag. 145.

Por otro lado, y gracias al reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica (Art. 128.2 CE), el Estado podrá desarrollar por sí mismo la actividad económica-productiva actuando como un empresario más, con la finalidad de conseguir la realización de aquellos intereses generales que los sujetos privados fueron incapaces de lograr.<sup>205</sup>

Finalmente, la actividad económica de los propietarios de bienes productivos podrá se encauzada hacia la consecución de fines de interés general (entiéndase defensa de la productividad Art. 38 CE, aumento de la riqueza y más justa distribución de la renta Arts. 40 y 131 CE) mediante la imposición de límites al ejercicio del derecho de propiedad privada.

La recepción a nivel constitucional de la función social de la propiedad y la intervención Estatal en la economía, legitimada por las exigencias del interés general y la defensa de la productividad (Arts. 128 y 38 CE.) impiden que la autonomía de la voluntad se proyecte sobre el mercado con la disponibilidad de antaño.<sup>206</sup>

A diferencia de lo que acontecía en el orden liberal,<sup>207</sup> y como consecuencia del rol interventor que corresponde ahora al Estado, el titular de un derecho de propiedad ya no es plenamente libre en la determinación del destino económico de aquellos bienes cuya forma

---

<sup>205</sup> Nos hallamos en este caso ante la figura que ha sido denominada por GALGANO como "Stato-imprenditore". GALGANO, FRANCESCO. "La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative", antes cit. pags. 198 y 199. Idem. "Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales", antes cit. pags. 39 y ss.

<sup>206</sup> En esta misma línea precisa IRTI que existe un ligazón interior del derecho subjetivo; la voluntad del individuo encuentra su justa medida en el vínculo finalístico impreso en la cosa. Vid. IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", antes cit. pag. 142. Igualmente BASSOLS COMA, MARTIN. "Constitución y sistema económico", cit. pag. 142.

<sup>207</sup> En el orden liberal, el ejercicio del derecho de propiedad de la tierra, y de los bienes productivos en general, no se encontraba ligado a ningún tipo de objetivo finalístico de carácter social. Tal y como recalca Irti, se trataba de la perspectiva subjetiva del "haber", del señorío sobre las cosas externas, faltando la perspectiva del "producir". Vid. IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", antes cit. pag. 14.

de utilización incida en la colectividad, pues, como indica FINZI, "en el ejercicio de su derecho ha de tener siempre presente la realización del interés económico subyacente."<sup>208</sup>

Consecuentemente, un objetivo finalístico (desarrollo económico y aumento de la productividad) irrumpe ahora en el ejercicio de las facultades dominicales, limitando así la inicial libertad de disposición que tenía el propietario. La autonomía de voluntad del individuo viene condicionada por la específica relevancia económica y social de los bienes que le son propios. En este sentido, podemos afirmar que el ejercicio del derecho de propiedad ya no está únicamente en función de la voluntad de su titular, sino que depende también del destino económico de las cosas que constituyen su objeto.<sup>209</sup>

En síntesis, de todas las afirmaciones vertidas hasta este punto podemos concluir que la actuación de la función social en el seno del Estado del Bienestar y su concrección en la permanente acción de los poderes públicos en nombre de los intereses generales, la defensa de la productividad, el desarrollo económico, y en suma, la efectiva realización de la libertad e igualdad materiales, han ido desplazando el centro de gravedad de la institución de la propiedad de una visión centrada exclusivamente en el derecho subjetivo aislado, hacia una concepción jurídica vinculada socialmente y concretada por la acción administrativa, que si bien no llega a absorber o desconocer las facultades jurídicas del propietario, las condiciona y disciplina en su desenvolvimiento.<sup>210</sup>

---

<sup>208</sup> FINZI. "Diritto di proprietà e disciplina della produzione", in *Atti I Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, Firenze 1935, pag. 160. Cit. por IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", antes cit. pag. 41.

<sup>209</sup> *Ibidem supra*, pag. 49.

<sup>210</sup> BASSOLS COMA, MARTIN. "Constitución y sistema económico", antes cit. pag. 122.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **REELABORACION DE LOS CARACTERES DEL DERECHO DE PROPIEDAD A LA LUZ DE LA DIMENSION SOCIAL INHERENTE A SU DISCIPLINA CONSTITUCIONAL**

La doctrina privatística ha expuesto de manera reiterada los fundamentales caracteres de la propiedad privada, insistiendo en configurarla como un derecho abstracto y elástico, individual, excluyente y exclusivo, unívoco, perpetuo, etc. que representa el más amplio señorío que se pueda tener sobre las cosas.<sup>1</sup>

Sin embargo, hay que tener presente que tales caracteres fueron ya mantenidos en el Siglo XIX por la doctrina, para referirse a la configuración jurídica individualista que de la propiedad privada asumía el orden liberal.

De un tiempo a esta parte, se producen toda una serie de acontecimientos, que encontrando acomodo en la regulación legislativa de más alto rango, la Constitución, han supuesto una "evidente erosión" en la manera liberal y tradicional de concebir los caracteres

---

<sup>1</sup> Gran parte de los autores que han escrito sobre la propiedad privada han dedicado al menos unas líneas para referirse a sus caracteres. Entre otros, destacan fundamentalmente: MAZEAUD, HENRI/LEON/JEAN. "Lecciones de Derecho Civil". Parte II, Vol IV. antes cit. pags. 34 y ss. ATIAS, CRHRISTIAN. "Les biens", antes cit. pags. 73 y ss. ZENATI, FREDERIC. "Les biens". Ed. Presses Universitaires de France. Paris 1988, pags. 106 y ss. TERRE, FRANCOIS/SIMLER, PHILIPPE. "Droit Civil. Les biens". 4ª Edición. Dalloz, Paris 1992, pags. 91 y ss. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pags. 135 y ss. BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit., sobre el carácter unitario, pags. 28 y ss; sobre la amplitud pags. 48 y ss; sobre la exclusividad pags. 58 y ss. SCALFI, GIANGUIDO. "Manuale di Diritto Privato". Tomo II. La proprietà. Le obbligazioni. L'impresa. Segunda edición. Utet, Torino 1991, pags. 20 y ss. MESSINEO, FRANCESCO. "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo III, antes cit. pags. 259 y 260. DE RUGGIERO, ROBERTO. "Instituciones de Derecho Civil". Tomo I. Introducción y Parte General. Derecho de las personas, derechos reales y posesión. Ed. Reus. Trad. de R. Serrano y J. Santa-Cruz. Madrid 1979, pags. 530 y ss. ALBALADEJO, MANUEL. "Compendio de Derecho Civil", Ed. Bosch, Barcelona 1983, pags. 316 y 317. DIEZ-PICAZO, LUIS/GULLON BALLESTEROS, ANTONIO. "Sistema de Derecho Civil", Vol. III, Derecho de cosas, Inmobiliario y Registral. Ed. Tecnos, Madrid 1988, pag. 155 y 156. LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. "Nociones de Derecho Civil patrimonial e introducción al Derecho", Ed. Bosch, Barcelona 1988, pags. 158 y 159. MONTES PENADES, VICENTE L. "Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales." Tomo V, Vol. I, Arts. 333 a 391. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1990, pags. 153 y ss. DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pags 239 y ss. TORRALBA SORIANO, VICENTE. "Lecciones de Derecho Civil". Vol I. Ed. Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona 1984, pag. 323. CASTAN TOBENAS, JOSE. "Derecho Civil Español, Común y Foral". Tomo II. Derecho de cosas. Vol I. Los derechos reales en general. El dominio. La posesión. Ed. Reus, Madrid 1987, pags. 163 y ss.



del derecho de propiedad.<sup>2</sup>

La concepción individualista que se asentaba esencialmente en la satisfacción plena del interés egoísta del propietario, ha sido sustituida por una nueva perspectiva que otorga relevancia jurídica a los aspectos sociales del instituto dominical.

Ante esta nueva situación resulta necesario cuestionarse si los caracteres que se atribuían a la propiedad privada en el orden liberal siguen vigentes y, en caso de que así sea, si éstos conservan su original significado o, por el contrario, debe procederse a una reinterpretación de su sentido a la luz de los principios de inspiración social introducidos por la Constitución española de 1978.

Al respecto, podemos decir que son escasos los autores que pretenden dar respuesta a semejante interrogante. En ocasiones, se apunta la necesidad de proceder a la citada reinterpretación, pero rara vez se llega en profundidad hasta las últimas consecuencias de esta temática investigadora.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> DIEZ PICAZO, LUIS. "Propiedad y Constitución", antes cit. pag. 43.

<sup>3</sup> En este entendimiento, MENDEZ CALZADA, LUIS. ("La familia y la propiedad en el nuevo Derecho español". Separata de la publicación periódica "Jurisprudencia Argentina", Sección Legislación Extranjera, n° 322, tomo XXXVII. Buenos Aires 1933, pag 27.) había puesto ya de manifiesto, en relación con la Constitución Española de 1931 (que al igual que la hoy vigente Norma Fundamental estaba dotada de un intenso sentido social) la necesidad de proceder a un replanteamiento del sentido que se atribuye a los clásicos caracteres de la propiedad privada más acorde con el espíritu social que preside la Constitución española de la Segunda República. En tiempos más recientes, la reinterpretación de los caracteres liberales de la propiedad privada ha sido ya aconsejada por MONTES PENADES en la que es la monografía pionera en España sobre la configuración jurídica de la propiedad privada tras la aprobación de la CE de 1978, "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pags. 238 y ss. Esta misma línea ha sido desarrollada también por LOPEZ Y LOPEZ en su obra "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pags. 33 y ss. Sin embargo, aunque los citados autores se han pronunciado a favor de la conveniencia de efectuar un replanteamiento del sentido que se atribuye a los caracteres liberales de la propiedad privada, ninguno de ellos ha realizado esta labor en profundidad, limitándose a constatar la necesidad de llevarla a cabo y suministrando algunas pautas, siempre acertadas, para reelaborar el

En este orden de cosas, no cabe duda que la tarea que ahora debemos acometer es la de intentar dar una nueva dimensión y reelaborar los caracteres de la propiedad privada, en concordancia con la dimensión social que este derecho adquiere hoy en día.

## I. DEL PODER ABSOLUTO AL PODER FUNCIONAL.

### 1. LA PROPIEDAD COMO DERECHO ABSOLUTO.

Basándose particularmente en el Art. 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ("*la propriété est étant un droit inviolable et sacré...*"), así como en la dicción del Art. 544 del Code de 1804 ("*La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière plus absolue...*") la doctrina liberal había calificado a la propiedad privada como un derecho absoluto y libre en su ejercicio.

La revolución burguesa, otorgó tal calificación a la propiedad privada, con la finalidad de despojarla de las cargas que suponían los esquemas germánicos propios del mundo feudal y reforzar así el poder que correspondía al propietario.

Es decir, lo que se pretendía era unificar el instituto de la propiedad en torno a la persona del titular y liberarla de los vínculos feudales para convertirla, de este modo, en un poder absoluto que estuviese en condiciones de rivalizar y poner freno a la desmesurada postestad autoritaria que durante el Antiguo Régimen se acumuló en manos de los monarcas y los nobles.

Se trata, en definitiva de crear un poder absoluto (la propiedad) capaz de limitar aquel

---

sentido de los caracteres aludidos.

otro poder absoluto que detentaba el soberano.<sup>4</sup>

Con este objetivo, el orden liberal establece en vía legislativa un conjunto de mecanismos tendentes a reforzar el poder jurídico que corresponde al propietario en relación con los bienes que le pertenecen.

En este contexto, el ejercicio del derecho de propiedad queda total, única y exclusivamente subordinado a la soberana y omnímoda voluntad del propietario. Tal voluntad se proyecta sobre los bienes objeto de dominio de manera plena y sin cortapisas, ya que el orden jurídico liberal concibe como principios fundamentales la libertad sin límites y la plena autonomía privada.<sup>5</sup>

Así pues, el propietario liberal actúa como soberano respecto de los bienes que constituyen el objeto de su derecho, siendo libre de dotarlos del destino económico que estime conveniente.

Ser titular de un derecho de propiedad comporta, para el orden liberal, la atribución de la facultad de decidir libremente sobre el uso o destino económico que se va a aplicar a los específicos bienes que constituyen objeto de dominio. El propietario es libre de hacer aquello que tenga a bien con las cosas que le pertenecen, abandonarlas, dejarlas estériles e

---

<sup>4</sup> RODOTA, STEFANO. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 366. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", antes cit. pag. 101.

<sup>5</sup> Bajo la influencia de WINDSCHEID, la doctrina italiana se ha referido a menudo al pleno sometimiento del ejercicio del derecho de propiedad a la voluntad del titular con el uso de expresiones tan gráficas como "potestà di volere" o "signoria della volontà". Al respecto, ORESTANO, RICCARDO. "Teoria e istoria dei diritti soggettivi", antes cit. pag. 92. IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", antes cit. pag. 37. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", cit. pag. 131. COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", cit. pags. 297 a 300. GLIOZZI, ETTORÉ. "Dalla proprietà all'impresa", antes cit. pag. 35

improductivas, conservarlas, enajenarlas a título oneroso o lucrativo, modificar su estructura, o incluso eventualmente destruirlas.<sup>6</sup> Como fácilmente se puede comprobar, este despotismo completo y omnipotencia absoluta de la voluntad del propietario podría incluso llegar a justificar conductas o comportamientos absentistas y parasitarios que, en consecuencia, se mostrarían legítimos.<sup>7</sup>

En suma, tener un derecho de propiedad es tanto como disponer de la autoridad necesaria para decidir soberanamente sobre el uso, afectación y disposición del bien que es objeto de ese derecho.<sup>8</sup> En tal grado depende el ejercicio de las facultades dominicales de

---

<sup>6</sup> Cfr. IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto agrario", antes cit. pag. 8. VAREILLES-SOMMIERES, MARQUIS DE. "La définition et la notion juridique de la propriété". Rev. Trim. Droit Civ. IV Anné 1905, pag. 456. En opinión de MARCEL PLANIOL y GEORGE RIPERT ("Tratado práctico de Derecho Civil Francés". Trad. Díaz Cruz, Tomo III. Los bienes. Ed. Cultural, Habana 1946, pag. 203) el propietario "no ya sólo puede realizar todos los actos de uso y disfrute, tales como percibir los frutos y cosechas, sino que también puede ordenar las obras que se le antojen, aún cuando sean perjudiciales para él; podrá derribar árboles y construcciones, hacer excavaciones, agotar las canteras, destruir cosas de su propiedad". Para ATIAS, CHRISTIAN. ("Les biens", antes cit. pag. 67) "El poder de utilizar una cosa comporta en primer lugar la libertad de dejarla inutilizada, estéril o abandonarla. El propietario tiene en principio total libertad de no servirse de su bien, de abandonar su terreno a la maleza [...] El propietario de una tierra debe poder hacer de ella un prado, o un terreno para edificar ...". Como pone de manifiesto SALVIOLI, GIUSEPPE ("El Derecho Civil y el proletariado", antes cit. pags. 87 y 88.) "la propiedad burguesa, en cuanto libre, suponía que el propietario podía dejar sus bienes improductivos, sus campos incultos, su casa abandonada. Podía oponerse, sin interés ninguno, a que un tercero obtuviese un beneficio y podía, por fin, destruir la casa. Por el derecho de cerrar su casa, podía privar a su vecino de aire, luz, y vistas. Podía acaparar el suelo urbano y no edificar, resistiendo todas la reclamaciones en previsión de un aumento de valor de aquél, obtenido sin su concurso. No se le obligaba a tener las habitaciones que arrendaba en condiciones decentes e higiénicas, sin humedad. Por el contrario, podrá libremente en las poblaciones ofrecer sótanos inmundos y en el campo cuevas donde el agricultor medianamente acomodado no colocaría a sus animales. Era dueño del subsuelo y de lo que sobre él se levantaba. Podía hacer excavaciones en su fundo, cegar la vena de agua que alimenta el pozo de su vecino, y derribar el muro que sostiene la casa antigua, cuando no se hallaba sujeto a servidumbre. Podía despoblar montes y distraer los cursos de la aguas y facilitar las inundaciones."

<sup>7</sup> LUCARELLI, FRANCESCO. "Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici", antes cit. pags. 8 y 9. CANDIAN, ALBINA. "Propriété", en AA.VV. "Property, Propriété, Eigentum", Quaderni di Diritto Comparato raccolti da G. Alpa e M. Bessone, Padova 1992, pags. 235 y ss. COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", antes cit. pags. 299 y 300.

<sup>8</sup> Tal es la tesis de LEPAGE, HENRI. "¿Por qué la propiedad?", Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1986, pag. 34.

la voluntad individual del titular, que se puede aseverar, que en el orden liberal, la propiedad es al individuo lo que el imperio al soberano.<sup>9</sup>

Lo que se pretende con tal configuración del derecho de propiedad, es que cada ciudadano sea un auténtico monarca absoluto dentro de su propio fundo.<sup>10</sup> Al igual que el monarca absoluto en el Antiguo Régimen ejercía una plena soberanía sobre su reino, el propietario, en el orden liberal, se ve investido de un poder omnímodo que le permite proyectar libre y discrecionalmente su voluntad sobre los bienes que le pertenecen, sin estar sometido a ningún tipo de traba que condicione el ejercicio de las facultades que se le atribuyen.<sup>11</sup>

El concepto de vínculos o deberes que graven la actividad del propietario es extraño

---

<sup>9</sup> *Omnia rex imperia possidet, singuli domio*. Son palabras de SENECA (Lib. VII c. 4 y 5 "De Beneficiis") retomadas en el contexto liberal por PORTALIS, JEAN ETIENNE MARIE. "L'âme universelle de la législation". (Corps Législatif), en "Naissance du Code Civil", antes cit. pag. 277, que han sido difundidas entre otros autores por: RODOTA, STEFANO. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 366. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", cit. pags. 96 y 107. COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", cit. pag. 297. IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", cit. pag. 8. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", ya cit. pag. 131. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. AA.VV. "Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral", cit. pag. 234.

<sup>10</sup> CARBONNIER, JEAN. "Derecho Civil", Vol 2º, Tomo 1º, antes cit. pags. 140 y ss. Vid. también LEPAGE, HENRI. "¿Por qué la propiedad?", antes cit. pags. 33 y ss.

<sup>11</sup> El parangón entre la situación del propietario liberal y el monarca absoluto del Antiguo Régimen parece ser mucho más obvio cuando se examinan ejemplos concretos de algunas monarquías feudales. Tal es el caso de Inglaterra, en donde como afirmaba BLACKSTONE " vino a ser máxima fundamental y principio necesario del sistema inmobiliario inglés la tesis de que el Rey es el señor universal y dueño originario de todos los fundos de este Reino, sin que ningún hombre posea, ni pueda poseer, parte alguna del suelo sino por derivación de la Corona como donación suya y para llevar la tierra a cambio de servicios feudales". Por lo tanto, de ello se puede desprender el juicio comparativo en sentido analógico. Si en el orden feudal el monarca tiene el absoluto poder y propiedad sobre todo cuanto hay en los feudos de su reino, por su parte, el propietario en el orden liberal tiene un poder absoluto y la propiedad de todo aquello cuanto halla en su fundo. Más ampliamente sobre el sistema de la propiedad inmobiliaria en Inglaterra, PEREZ SERRANO, NICOLAS. "La reforma de los regímenes jurídicos de la propiedad inmueble y de la sucesión intestada en Inglaterra. (Ley de 1922-1925)". RDP, Año XI, Noviembre de 1924, pag. 322.

a la idea de propiedad que asume el orden liberal, ya que se conciben como restricciones a un dominio que se considera esencialmente absoluto.<sup>12</sup>

La liberación de la propiedad de las cargas feudales hace emerger una estructura que está fundada toda ella en el momento del derecho y que se opone a que penetren en su interior elementos obligatorios.<sup>13</sup> Es el retorno a una concepción romana de la propiedad como *dominium ex iure Quiritium*, en donde en el ejercicio de su derecho, el propietario no queda sujeto a ningún límite ni al cumplimiento de ninguna función.<sup>14</sup>

Por consiguiente, el liberalismo configura a la propiedad como una esfera de poder tendencialmente absoluta que en condiciones normales no es susceptible de limitación.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Cfr. MANGIAMELI, STELIO. "La proprietà privata nella Costituzione. (Profili generali)." Ed. Giuffrè, Milano 1986, pag. 36. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pag. 227. En la misma línea LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada". Ed. Tecnos, Madrid 1988. pag. 60.

<sup>13</sup> RODOTA, STEFANO. "El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada." antes cit. pag. 102.

<sup>14</sup> MAZEAUD, HENRI-LEON-JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", Parte II, Vol. IV, antes cit. pag. 16. COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", cit. pag. 289. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", cit. pag. 126. LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. "Elementos de Derecho Civil", Tomo III, Vol. I, antes cit. pags. 273 y ss. LASARTE, CARLOS. "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: pluralismo de la propiedad privada". Separata de la RGLJ Tomo LXXII, núm. 1 Enero 1975, pag. 17. MARTIN BALLESTERO, LUIS. "La acción negatoria". Ed. Tecnos, Madrid 1993, pag. 13.

<sup>15</sup> Desde este punto de vista MONTES ("La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pag. 227.) ha calificado a la propiedad liberal como un *agere licere*. Este se presenta como un actuar lícito en orden a la satisfacción de los intereses propios. A nuestro juicio esta no es una nota exclusivamente identificativa de la propiedad privada, ya que es común a todo derecho subjetivo. En cuanto tal Vid. DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. "Derecho Civil de España", antes cit. pag. 574. BARBERO, DOMENICO. "Sistema del Derecho Privado", antes cit. pag. 172. Ahora bien, la utilización de la locución *agere licere* es válida para referirse a la propiedad burguesa si con ella se quiere expresar un sinónimo de ámbito de libre ejercicio y en contraposición a *agere debere*, concebido como un ámbito de actuación no libre, sino debido. No obstante lo dicho, no cabe olvidar que en sede de teoría general el derecho subjetivo y el deber tienen en común el representar ambos un ámbito de actuación lícito y protegido.

No obstante, es necesario precisar más profundamente el carácter absoluto de la propiedad liberal.

La doctrina que en un primer momento se centró en el comentario y estudio del Code Napoleónico, guiada por un excesivo dogmatismo, dotó de un sentido particularmente amplio a la expresión *de la manière plus absolue*, convirtiéndola en sinónimo de total ausencia de limitaciones en el ejercicio del poder que corresponde al propietario.<sup>16</sup>

Nos referimos principalmente a los integrantes de la denominada Escuela de la Exégesis Francesa (DEMOLOMBE, MARCADÉ, TOULLIER, TROPLONG, MOURLON, PROUDHON, etc.) quienes, al menos en un primer momento, llevados por la ideología iusnaturalista, procedieron a una exaltación de la letra del Code que les condujo a calificar a la propiedad como un señorío absoluto e ilimitado sobre una cosa corporal.<sup>17</sup>

Sin embargo, el excesivo dogmatismo condujo a la Escuela de la Exégesis a unas conclusiones, por lo menos en lo que concierne a este punto, no demasiado afortunadas. Afirmar el carácter absoluto de la propiedad liberal no supone investir al propietario de un

---

<sup>16</sup> Quizás en esta exagerada y por ello errónea interpretación de la expresión "de la manière plus absolue", se encuentra la justificación del hecho de que a lo largo de la historia el modelo liberal de propiedad privada haya sido objeto de los más duros ataques y críticas radicales. ATIAS, CHRISTIAN. "Les biens", cit. pag. 73. Idem. "Que sais-je? Le Droit Civil". Ed. Presses Universitaires de France, Paris 1993, pag. 91, donde literalmente afirma el citado autor "l'adjectif absolu et son étonnant superlatif ont été fortement contestés". Entre nosotros DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", cit. pag. 244.

<sup>17</sup> Así, MARCADÉ en su obra "Explication théorique et pratique du Code Napoléon", VII Ed, Tomo II, París 1873, pags. 406 y 407, definía a la propiedad como "le droit le plus étendu qu'on puisse avoir sur une chose. Ce droit, on le sait, rend le propriétaire maître et seigneur de sa chose, et lui donne sur elle une omnipotence absolue, un despotisme entier". Sobre la concepción de la propiedad privada que asume la Escuela de la Exégesis Francesa véanse, GAMBARO, ANTONIO. "Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà". Ed. Giuffré, Milano 1975, pags. 86 y ss. COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", antes cit. pags. 298 y ss. CANDIAN, ALBINA. "Propriété", antes cit. pag. 235.

poder omnímodo que se desarrolle arbitrariamente sin estar sometido a ningún tipo de limitación, restricción o control. Consecuentemente, el calificativo "absoluto" que el Art. 544 otorga a la propiedad no puede ser entendido como sinónimo de una total ausencia de limitaciones en su ejercicio.

Quizás, el error en que incurrió la Escuela de la Exégesis consistió en exaltar en manera desmedida la letra del Code, haciendo abstracción del concreto marco histórico en el que surge el Art. 544. La interpretación excesivamente lata postulada por la citada Escuela es posible que fuera debida a una relativa tergiversación de los presupuestos históricos-ideológicos que estaban en la base de la configuración de la propiedad como derecho absoluto.

El Art. 544 del Code cumple una trascendental función en un contexto histórico específico y determinado en el que se pretende depurar todo vestigio de las estructuras feudales del Antiguo Régimen.<sup>18</sup>

Desde esta perspectiva ha de entenderse el modelo liberal de la propiedad privada. Su configuración jurídica obedece a las ansias de recalcar que se ha acabado una etapa (el feudalismo), y que se pretende iniciar otra nueva, nacida como consecuencia de la revolución, y que nada tiene que ver con la situación anterior.

De este modo hay que reconocer que la teoría liberal de la propiedad privada nace

---

<sup>18</sup> La finalidad primordial del movimiento revolucionario radica en la superación de los vestigios feudales, la anulación de todas las cargas y gravámenes que anteriormente pesaban sobre la propiedad, y en concreto, el abandono de la teoría del *duplex dominium*, la cual constituía el principal de los esquemas jurídicos que había logrado prolongar hasta 1789 el régimen feudal. Brevemente sobre esta cuestión, IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", cit. pags. 4 y ss. LASARTE, CARLOS. "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: pluralismo de la propiedad privada", cit. pag. 14.



como radical contraposición y contraste con las estructuras dominicales del Antiguo Régimen, como símbolo de repudio del pasado, con un marcado carácter antifeudal que inspira la totalidad de su régimen normativo.<sup>19</sup> La mayor parte de las leyes que se promulgan por el recién instaurado orden liberal desde 1789 a 1804,<sup>20</sup> tratan de liberar al propietario de todos aquellos vínculos y limitaciones que caracterizaban a los esquemas germánicos propios del Antiguo Régimen, mediante la concentración de todas las facultades y poderes dominicales en una única persona individual.

Así pues, con la concepción de la propiedad como un derecho absoluto se pretende abandonar el esquema feudal del "duplex dominium", poniendo el acento en que, como consecuencia de la Revolución liberal, el "dominio útil" se desvincula de las trabas que

---

<sup>19</sup> CARBONNIER, JEAN. "Derecho Civil". Tomo II. Vol. I, antes cit. pag. 146. CANDIAN, ALBINA. "Propriété", en la obra colectiva "Property, Propriété, Eigentum", cit. pag. 233. GLIOZZI, ETTORE. "Dalla proprietà all'impresa", cit. pags. 40 y 61.

<sup>20</sup> Con esta finalidad liberalizadora y unificadora, entre las fechas anteriormente citadas se articulan un conjunto de medidas legislativas conducentes a convertir a la propiedad privada en un derecho fundamental, inviolable y sagrado del individuo, libre de toda carga o vinculación. A título meramente ejemplificativo podemos citar la abolición de los privilegios feudales, el cerramiento de fincas, la eliminación de los patronatos, la supresión de las comunidades intermedias, corporaciones y asociaciones, la expropiación de los bienes eclesiásticos y en mano muerta, la desamortización, etc. Así, el Decreto de 6-11 de agosto de 1789 disponía que: "L'Assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal". El proyecto explicativo de los efectos del Decreto anterior, que se convirtió en ley 15-28 de marzo de 1790, precisaba en su Art. 1º que "toutes distinctions honorifiques, supériorité et puissance résultant du régime féodal, sont abolies. Quant á ceux des droits utiles qui subsisteront jusqu'au rachat, il sont assimilés aux simples rentes et charges foncières". El Decreto de 25 de Agosto de 1792 constataba que si bien el Régimen Feudal ha sido abolido, sin embargo subsiste en sus efectos y, por lo tanto es necesario hacer desaparecer las ruinas de las servidumbres que cubrían y consumían las propiedades. La definitiva abolición de la propiedad feudal fue operada por Ley 17 de julio de 1793, cuyo art. 1º prescribía que "toutes redevances ci-devant seigneuriales, droit féodaux, censuels, fixes et casuels, même ceux conservés par le decret 25 août dernier, sont supprimés sans indemnité". Tratan más profundamente sobre las medidas legislativas liberalizadoras de la propiedad, "Naissance du Code Civil. An VIII, an XII-1800-1804". Preface de François Ewald. Ed. Flammarion, Paris 1989. GLIOZZI, ETTORE. "Dalla proprietà all'impresa", antes cit. pags. 19 y ss, en donde se recogen amplias referencias bibliográficas sobre la legislación de reforma fundiaria y su función antifeudal.

suponía el "dominio eminente".<sup>21</sup>

En este sentido, RODOTA estima que el término absoluto se utilizaba con un significado etimológico para remachar que la propiedad quedaba desligada respecto de todo tipo de "dominio eminente".<sup>22</sup>

Además, se aspira a dar certidumbre en la posesión a los propietarios de bienes nacionales o también en "manos muertas" (Iglesia, instituciones benéficas, etc.) que han sido adquiridos como consecuencia de la desamortización de dichas propiedades.<sup>23</sup>

De esta manera, se otorgaba la seguridad a los nuevos titulares de estar al resguardo de cualquier posible pretensión reivindicatoria de los antiguos propietarios.<sup>24</sup>

En consecuencia, la utilización de expresiones de tal tipo responde a la pretensión del legislador francés de convertir a la disciplina codificada de la propiedad en útil instrumento al servicio del reforzamiento, consolidación e imposición de los principios fundamentales de

---

<sup>21</sup> En esta línea COLIN y CAPITANT estiman que "los redactores del Código Civil al calificar la propiedad de derecho absoluto han debido querer aludir a su independencia actual, en oposición al carácter dependiente y subordinado que era, en general, el de la propiedad territorial antes de la Revolución". Vid. COLIN, AMBROSIO y CAPITANT, H. "Curso elemental de Derecho Civil". Trad de Demófilo de Buen. Tomo II, Vol. II. De los bienes y de los derechos reales principales. Ed. Reus, Madrid 1984, pag. 112.

<sup>22</sup> RODOTA, STEFANO; "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada". cit. pag. 86.

<sup>23</sup> Vid al respecto de los bienes en "manos muertas": GROSSI, PAOLO; "Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali". Ed. Giuffré, Milano 1992, pags. 603 y ss. Idem. "La propiedad y las propiedades", antes cit., merece considerar la totalidad de la obra, principalmente su parte inicial. CARBONNIER, JEAN; "Derecho Civil", Tomo II, Vol I, ya cit. pags. 140 y ss. LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS; "Nociones de Derecho Civil patrimonial e introducción al Derecho." antes cit. pags. 154 y 155. ALVAREZ CAPEROCHIPI, JOSE ANTONIO. "Curso de Derechos reales". Propiedad y posesión. Ed. Cívitas, Madrid 1986, pags. 32 a 37.

<sup>24</sup> CARBONNIER, JEAN. "Derecho Civil", Tomo II, Vol. I, antes cit. pag. 146. ATIAS, CHRISTIAN. "Que sais-je? Le Droit Civil", antes cit. pag. 92.

la ideología burguesa, borrando, de esta manera, todo rastro de los esquemas germánicos característicos del mundo feudal.

Teniendo en cuenta este contexto histórico, se deduce que la expresión *de la manière plus absolue* del Art. 544 el Code francés, está bañada de un alto grado de retórica, ya que refleja la euforia y entusiasmo que el triunfo revolucionario y el final del Antiguo Régimen habían suscitado en aquellos que se encargaron de su redacción.<sup>25</sup>

La presencia de la retórica en el Art. 544 se aprecia en el hecho de que el legislador francés enfatiza innecesariamente el calificativo "absoluto" mediante su utilización en forma superlativa ("de la manera *más* absoluta").

Entendemos que dicha superlativización resulta innecesaria y obedece exclusivamente a razones retóricas porque, como acertadamente han manifestado PUGLIATTI y COCO, el calificativo "absoluto" no admite gradación alguna.<sup>26</sup> Es decir, o bien la propiedad es

---

<sup>25</sup> Cfr. GROSSI, PAOLO; "La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico", antes cit. pags. 124 y 125. GROSSI alude al carácter meramente retórico de la locución "de la manera más absoluta" al calificarla como "la expresión que más salta a la vista, y con la que también se nos han llenado los oídos de una hipérbole retumbante." Ante una expresión de tal tipo advierte el citado autor del peligro de que el jurista se sienta extasiado ante el triunfalismo y la retórica presente en la misma, a lo que añade que los compiladores del Código y del texto del artículo 544 se ha embriagado por la retórica decimonónica de la nueva propiedad privada. Igualmente, se refieren al carácter retórico de la locución "de la manera más absoluta" PESET ROIG, MARIANO. "Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra". Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1988, pag. 150. DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. Voz "Propiedad", en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Dirigida por Buenaventura Pellisé Prats, Tomo XX, Ed. Seix, Barcelona 1993. Idem. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", cit. pag. 101.

<sup>26</sup> En realidad la tesis sostenida tanto por PUGLIATTI como por COCO fue ya anteriormente defendida por el Marqués de VAREILLES SOMMIERES (La définition et la notion juridique de la propriété", antes cit. pags. 477 y 478.) cuando afirmaba que la introducción (en el Art. 544) en término superlativo del adjetivo absoluto no tiene sentido porque dicho adjetivo expresa una cualidad no susceptible de gradación. Por lo que respecta a los autores citados en primer lugar, ambos se refieren al Art. 436 del Código Civil italiano de 1865, pero sus afirmaciones son perfectamente extrapolables en este punto, porque el citado Art. del Código Civil italiano había recibido del Art. 544

absoluta, o bien es relativa. No caben términos intermedios, ya que ello nos podría conducir al absurdo de tener que diferenciar, dentro de los distintos tipos de propiedad absoluta, aquellas que lo son en un mayor grado, de aquellas otras que lo son menos intensamente.

En consecuencia, podemos concluir que el uso del calificativo "absoluto" en forma superlativa, sólo puede obedecer a la intención de enfatizar retóricamente que la propiedad privada es un derecho que se ha liberado definitivamente de la cargas y vínculos que la ahogaban en el Antiguo Régimen.

El carácter retórico de la citada locución puede ser también apreciado acudiendo al estudio del Art. 348 del Código Civil español de 1889.

Aún siendo heredero directo del Art. 544 del Code francés,<sup>27</sup> el Art. 348 de nuestro

---

del Code Napoleónico la expresión "nella maniera piú assoluta". En este sentido afirma COMPORTI ("Ideologia e norma nel diritto di proprietà", cit. pag. 298.) que la famosa definición de la propiedad contenida en el Art. 544 del Code Napoleón fue transcrita literalmente en el Art. 436 del Código Civil italiano de 1836 "La proprietà é il diritto de godere e de disporre delle cose nella maniera piú assoluta, purché non si ne faccia un uso proibito dalle leggi o dai regolamenti". Vid. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 135. COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", cit. pags. 41 y 42. La falta de necesidad de utilizar el calificativo absoluto en forma superlativa ha sido también recalcada por JOSEPH COMBY ("L'impossible propriété absolue", en AA.VV. "Un droit inviolable et sacré. La propriété". Ed. Adef, Paris 1989, pags. 12 y 13) quien ante la definición del Art. 544 del Code se pregunta: "¿como se puede disponer de las cosas de una manera más absoluta que de una manera absoluta?. La respuesta se halla en la segunda parte del artículo "siempre que no se haga un uso prohibido por las leyes o los reglamentos". Situémonos en 1804. ¿Quien hace las leyes y los reglamentos? Napoleón [...]. En consecuencia, el Art. 544 funciona como la broma de Coluche sobre la lejía que lava más blanco que blanco. Nuestro cómico nacional se interroga: "¿es que hay un tejido más blanco que blanco?" para concluir: "ese debe ser transparente". El Art. 544 es transparente. No existe nunca. Esta propiedad más absoluta que absoluta no es más que el derecho reconocido a los propietarios de hacer todo... con la excepción de aquello que se ha prohibido por la ley o los reglamentos".

<sup>27</sup> LASARTE, CARLOS. "Propiedad privada e intervencionismo administrativo", cit. donde en pag. 152 afirma literalmente que el Art. 348 del Cc. "constituye expresión pura del ideal socio-político de la revolución burguesa y procede precisamente del Code Civil Francais....". En el mismo sentido MONTES PENADES, VICENTE L. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo." cit. pag. 51.

Código suprimió en su texto toda mención expresa al carácter absoluto del dominio. La frase "de la manera más absoluta" no es recibida en la codificación española, que se limita a definir a la propiedad privada como "el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes".<sup>28</sup>

A principios del Siglo XIX, el modelo dominical burgués expresaba un instancia revolucionaria contra el absolutismo del Estado, así como contra la hegemonía de los intereses del clero y los nobles que encontraban entonces garantía de realización y tutela. En 1889 la misma fórmula sirvió para designar una instancia conservadora del nuevo sistema social en el que primaban los intereses, ya consolidados, de los agentes económicos burgueses.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> El distanciamiento entre la definición del art. 544 del Code y 348 Cc. español de 1889 ha sido incluso puesto de relieve en la jurisprudencia menor, pues en SS. AP Pontevedra 22 Diciembre 1993 Fto. Dcho. 1º (R.A.Civ. 2420) y 25 Mayo 1994 Fto. Dcho 1º (R.A.Civ 903) se dice literalmente "en rigor, ya la definición del artículo 348 de nuestro CC, se distanció en cierto modo de la absolutista del Código Napoleónico, ésta definía a la propiedad como el derecho de gozar y disponer de los bienes de la manera más absoluta, nuestro texto normativo, sin embargo, introduce la cláusula relativa a las limitaciones establecidas por la leyes." Además de la supresión del sintagma referido, el Art. 348 Cc. español se aparta de su modelo (Art. 544 Code francés) en otros puntos que quizás no revisten tanta trascendencia, pero que en todo caso conviene resaltar para hacer constar, de algún modo, que el contexto en el que surge el Code napoleónico, aunque en algunos puntos similar, difiere bastante del ámbito y de la coyuntura histórica que contempla el nacimiento del Código Civil español de 1889. Así, para delimitar el poder del propietario, el Art. 544 se refiere a "siempre que no se haga un uso prohibido por las leyes o los reglamentos", mientras que el Código Civil español suprime la referencia a los reglamentos, disponiendo que el ejercicio del derecho de propiedad se llevará a cabo "sin más limitaciones que las establecidas en las leyes". En este punto específico no vemos razón alguna para interrogarse (como parece hacer algún autor) sobre si las leyes a las que se refiere el Art. 348 Cc. han de ser comprendidas en sentido formal como disposiciones legislativas *stricto sensu*, o bien en sentido material como sinónimo de disposiciones normativas en sentido general, ya tengan o no rango legal. La cuestión queda totalmente despejada si examinamos la Real Orden de 22 de Mayo de 1881 que establece que bajo el nombre de leyes se comprenden también los Reglamentos. Esta es quizás la principal razón por la que la alusión a los Reglamentos contenida en el Code y en el Proyecto de Código Civil español de 1881, no fue incluida en la redacción definitiva del Art. 348 del Cc. de 1889. Sobre esta particular cuestión, ESCRIBANO, TEOFILO. "La propiedad y el artículo 348 del Código Civil español". RDP, año IV, núm. 30. 15 de Marzo de 1916 (III), pag. 70.

<sup>29</sup> Al respecto del tema Vid. las consideraciones realizadas por COSTANTINO, MICHELE. "Propietarios y sujetos interesados en el uso social de los bienes", antes cit. pag. 222.

El momento revolucionario quedaba ya lejano en el tiempo. La ideología que le ofreció apoyo perdió toda connotación renovadora para sustentar ahora la privilegiada posición que la clase burguesa había adquirido tras 1789. Aquellos principios que un día fundamentaron una revuelta popular contra el poder establecido, paulatinamente fueron transformados en su esencia, para respaldar instancias conservadoras e intereses específicos de los grupos sociales detentadores del poder político y económico.

Por lo tanto, y debido al propio retraso de la codificación<sup>30</sup>, el entusiasmo que había caracterizado la labor del legislador francés, se traduce en moderación para el caso español.<sup>31</sup>

Nuestro Código Civil recoge los principios de un no ya tan nuevo orden burgués y, precisamente por este motivo, no urge recurrir a mecanismos que faciliten en la práctica su imposición, tal y como acontecía en el caso francés.<sup>32</sup> Es así, como el legislador español ya no necesita acudir a fórmulas retóricas para resaltar enfáticamente que se ha finalizado una etapa y se pretende iniciar otra radicalmente nueva.

Consiguientemente, en el Código español de 1889 ya no se precisa de la retórica tanto

---

<sup>30</sup> Apoyándose en la opinión de DURAN Y BAS, quien señalaba que un Código sólo podrá ser uniforme cuando existiera una conciencia jurídica colectiva y uniforme, ALEJANDRE GARCIA ("Temas de Historia del Derecho: Derecho del constitucionalismo y la Codificación", Vol. I, antes cit. pags. 128 y 129) considera que el Código Civil español tardó tiempo en conseguir su triunfo porque sociológicamente la idea de los nuevos Códigos tardó en ser aceptada.

<sup>31</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO. "Prólogo a la edición de Tecnos al Código Civil", cit. pag. 17, quien acertadamente señala que como consecuencia del retraso histórico con el que surge nuestro Código Civil, éste "aparece en el momento en que la burguesía pasa a consolidar sus conquistas y ello se refleja en su contenido y función". Vid. también DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pag. 87. MARIN PEREZ, PASCUAL. "La estructura del Estado y el Derecho Privado", antes cit., pag. 23.

<sup>32</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO. *Ibidem Supra*.

como en época de la Revolución Francesa, porque, en el momento de su nacimiento, la ideología liberal estaba plenamente consolidada e incluso pronto iniciaría su decadencia.<sup>33</sup> Parece pues que aquí se encuentra la causa que justifica la supresión de la expresión "de la manera más absoluta" en el Art. 348 del Cc.

Por otra parte, identificar el carácter absoluto de la propiedad con la falta de limitaciones o restricciones a su libre ejercicio resulta una enunciación demasiado utópica, de corte metafísico que quizás pueda ser mantenida a nivel puramente político, iusfilosófico o dogmático, pero que difícilmente puede alcanzar realización práctica a nivel jurídico-positivo.<sup>34</sup>

La ausencia total de límites dominicales se muestra radicalmente incompatible con la coexistencia social.<sup>35</sup> La vida en sociedad exige que se impongan límites que garanticen la

---

<sup>33</sup> Vid. DIEZ-PICAZO, LUIS y GULLON BALLESTEROS, ANTONIO. "Sistema de Derecho Civil", Vol. III, antes cit. pag. 153.

<sup>34</sup> CANTELMO, VINCENZO ERNESTO. "Struttura e forme della proprietà: l'aspetto agricolo". Ed. Giuffrè, Milano 1988, pag. 41. MAZEAUD, HENRI/LEON/JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", Parte II, Vol. IV, antes cit. pag. 59. ATIAS, CHRISTIAN. "Les biens", cit. pags. 73 y 74. COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", cit. pags. 164 y 165. Menger, ANTON. "El Derecho Civil y los pobres", antes cit. pag. 246. LUCARELLI, FRANCESCO. "Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici", cit. pag. 10. CANDIAN, ALBINA. "Propriété", cit. pag. 238. PATAULT, ANNE-MARIE. "Introduction historique au droit des biens", antes cit. pag. 142. DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pag. 142.

<sup>35</sup> COLIN Y CAPITANT van un poco más allá al considerar que tomar al pie de la letra el pretendido carácter absoluto de la propiedad privada, al que hace referencia el Art. 544 del Code, no sólo sería antisocial, sino también antijurídico. Sobre esta cuestión Vid. COLIN, AMBROSIO/CAPITANT, H. "Curso elemental de Derecho Civil". Tomo II, Vol. II, cit. pag. 110. Destacan también que considerar el calificativo absoluto como sinónimo de total ausencia de limitaciones es contrario a la propia existencia social, MARQUES DE SEGARRA, MANUEL. "El nuevo derecho de propiedad individual", cit. pags. 22 y 23. BONFANTE, PIETRO. "Corso di Diritto Romano". Vol. II. Parte I. Ed. Giuffrè, Milano 1966, pag. 217. Idem. "Instituciones de Derecho Romano". Ed. Reus. Trad. de L. Bacci y A. Larrosa. Madrid 1979, pags. 250 a 254. LASARTE ALVAREZ, CARLOS. "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación. pluralismo de la propiedad privada", antes cit. pag. 20. LEGUINA VILLA, JESUS. "Las facultades dominicales de la propiedad

convivencia armónica de los distintos derechos de propiedad.

Es en base a ello, por lo que MARTIN WOLFF tilda de exagerada la frase de WINDSCHEID cuando éste dice que "la propiedad es un derecho ilimitado en sí mismo".<sup>36</sup>

Recurriendo a la evidencia, señalaba IHERING, que "no es verdad que en la idea de propiedad se encierre un poder absoluto o ilimitado de disposición. La sociedad no puede tolerar, ni ha tolerado nunca, tal configuración de la propiedad: la idea de propiedad no puede conllevar algo que esté en oposición con la idea de sociedad".<sup>37</sup>

La necesidad de imponer límites dominicales por razones de convivencia social fue también mantenida en plena vigencia del orden liberal-burgués. Así, ROBESPIERRE, durante el Discurso de la Convención, pronunciado el 3 de Abril de 1793, subrayó el carácter absurdo de aquellas Declaraciones de Derechos que no llevaban a cabo un temperamento del carácter absoluto de la propiedad, ya que para el citado autor, ello suponía atribuir a este derecho una absolutividad ni siquiera reconocida para la misma libertad, a cuyo ejercicio se imponía el respeto de los derechos ajenos.

En resumen, para ROBESPIERRE no se podía configurar un derecho de propiedad que fuese más absoluto que la propia libertad y postulaba, en consecuencia, su limitación por

---

forestal". *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 3 Octubre-Diciembre 1974. Ed. Cívitas, pag. 449.

<sup>36</sup> Es opinión tomada por WOLFF, MARTIN; "Tratado de Derecho Civil", ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Tomo 3º, Vol 1º, Derecho de cosas, Ed. Bosch, Barcelona 1951, pag 228. Igualmente "Derecho de Cosas". Vol I. Posesión-Derecho Inmobiliario. Propiedad. Trad y notas de Pérez González y J. Alguer. Ed. Bosch, Barcelona 1971, pag. 326.

<sup>37</sup> IHERING, RUDOLF VON. "El fin en el Derecho", antes cit. pags. 251 y 252. GARCIA PELAYO, MANUEL en "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", antes cit. pag. 35.



razón del respeto a los ajenos derechos dominicales.<sup>38</sup>

El mismo PORTALIS se había manifestado a favor de limitar el ejercicio del derecho de propiedad por razones de bien común, cuando afirmaba que los legisladores se habían apresurado a presentar en el Proyecto de Ley el gran principio de la propiedad como el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, sin tener en cuenta que como los hombres viven en sociedad y bajo sus leyes, ellos no pueden tener el derecho de contravenir las leyes que rigen la sociedad. La verdadera libertad consiste en una prudente composición de los derechos y de los poderes individuales con el bien común. Cuando cada uno puede hacer aquello que le place, puede hacer aquello que daña al otro. La licencia de cada particular operaría infaliblemente la desgracia de todos.

Por lo tanto, concluye PORTALIS, es necesario que las leyes puedan dirigir las acciones relativas al uso de los bienes. Debe haber libertad con las leyes, no contra las leyes. De ahí que reconociendo en el propietario el derecho de gozar y disponer de su propiedad de la manera más absoluta, nosotros hemos añadido, *siempre que no se haga un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos*.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> RODOTA STEFANO. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pags. 360 y ss. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", cit. pags. 93 y 94. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", cit. pags. 129 y ss. En esta misma línea opina IRTI ("Società civile", cit. pag. 110) que la esfera de la libertad es también la esfera de las obligaciones recíprocas: no hay ausencia sino existencia de limitaciones, de aquellas limitaciones que permiten a cada súbdito el ejercicio de la libertad.

<sup>39</sup> PORTALIS, JEAN ETIENNE MARIE. "L'âme universelle de la législation". (Corps législatif). En Naissance du Code Civil, antes cit. pag. 276. Para una mayor fidelidad, y teniendo en cuenta la trascendencia de las afirmaciones referidas, estimamos conveniente reproducir el texto original: "Aussi vous vous empresserez, législateurs, de consacrer par vos suffrages le grand principe de la propriété, présenté dans le projet de loi comme le droit de disposer des choses de la manière plus absolue. Mais comme les hommes vivent en société et sous des lois, ils ne sauraient avoir le droit de contrevenir aux lois qui régissent la société. [...] La vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun. Quand chacun peut faire ce qui lui plaît, il peut faire ce qui nuit à autrui, [...]. La licence de chaque particulier opérerait infailliblement le malheur de tous."

Por consiguiente, y en congruencia con las consideraciones de PORTALIS, afirmar el carácter absoluto de la propiedad liberal no supone otorgar al propietario un poder ilimitado, ya que el mismo art. 544 del Code francés contempla por definición la posibilidad de establecer límites siempre y cuando éstos tengan su origen en una ley o en un reglamento.<sup>40</sup>

El poder que el dominio representa para su titular no puede ser ilimitado, porque ello sería, sin duda, una *contradictio in terminis* fácilmente deducible de una simple lectura del Art. 544 del Code. No tendría sentido reconocer, en un primer momento, que el derecho de propiedad confiere a su titular un poder omnímodo, y luego, a renglón seguido, imponerle limitaciones legislativas y reglamentarias, porque con ello se estaría vaciando de contenido el calificativo de absoluto que precisamente habría sido establecido como rasgo esencial dominical.<sup>41</sup>

Por lo tanto, de las consideraciones realizadas podemos deducir que, pese al

---

[...] On doit être libre avec lois, et jamais contre elles. De là, en reconnaissant dans le propriétaire le droit de jouir et de disposer de sa propriété de la manière la plus absolue, nous avons ajouté, *pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*". (El subrayado es nuestro).

<sup>40</sup> El Art. 544 del Code de Napoleón reconoce en primer lugar la libertad del propietario en el goce y disposición de las cosas que le pertenecen, pero inmediatamente después acota esta libertad subordinando la facultad de usar las cosas al pleno respeto de las prohibiciones que se puedan establecer por ley o reglamento, "*pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*".

<sup>41</sup> PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 135. COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", cit. pag. 41. CARBONNIER, JEAN. "Derecho Civil", Vol II, Tomo I, antes cit. pag. 143. Idénticas consideraciones pueden realizarse respecto a la dicción del Art. 348 del Código Civil español de 1889. Es un sin sentido reconocer en primer lugar que el derecho de propiedad atribuye a su titular el poder omnímodo de gozar y disponer libremente de las cosas que le pertenecen, y a continuación e inmediatamente después, decir que ese poder se ejercitará "sin más limitaciones que las establecidas en las leyes". Para el caso español Vid. LASARTE ALVAREZ, CARLOS. "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación. Pluralismo de la propiedad privada", cit. pag. 17. TORRALBA SORIANO, VICENTE. "Lecciones de Derecho Civil." Vol. I, antes cit. pag. 319.

teóricamente postulado carácter absoluto de la propiedad privada como sinónimo de derecho ilimitado, el orden liberal contempla también la posibilidad de imponer (y de hecho las impone) restricciones al poder del propietario.

Los límites dominicales son una constante invariable a lo largo de la historia. Han estado siempre presentes en los distintos ordenamientos jurídicos que se han sucedido en el tiempo, y respecto a ello el orden liberal-burgués no constituye una excepción.<sup>42</sup>

No obstante, lo que sí ha cambiado es el mayor o menor protagonismo que los límites cobran en los diferentes momentos jurídicos que han tenido vigencia en el curso del devenir histórico.

La tensión entre poder del propietario, de un lado, y limitaciones legales, de otro, acompaña a la propiedad a lo largo de toda su existencia, siendo precisamente la manera en que estos dos ámbitos se relacionan y organizan lo que determina la configuración jurídica del dominio en un determinado momento.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> La experiencia práctica nos indica que a lo largo de la historia no ha existido ningún sistema jurídico que se abstenga de imponer límites al ejercicio de la propiedad privada, porque es una exigencia inherente a la convivencia civil y derivada de la misma naturaleza de los derechos subjetivos. Un derecho subjetivo (como lo es la propiedad) absolutamente ilimitado no podría nunca concebirse, ya que como adertadamente señalan PUGLIATTI y LEGUINA VILLA toda definición positiva de un derecho subjetivo encierra necesariamente una operación de delimitación de su ámbito, de fijación de sus contornos y confines. Como afirma literalmente LEGUINA, trayendo a colación palabras de MILANI, "no hay ninguna creación del Derecho que no sea al propio tiempo una fijación de límites, y en tal sentido, todos los derechos subjetivos son limitados". Sobre este punto en cuestión LEGUINA VILLA, JESUS. "Las facultades dominicales de la propiedad forestal", antes cit. pag. 449. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 114. Igualmente Vid. GAMBARO, ANTONIO. "La proprietà", antes cit. pag. 89. BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", cit. pag. 472. LUCARELLI, FRANCESCO. "Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici", antes cit. pag. 10. LASARTE, CARLOS. "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: pluralismo de la propiedad privada", antes cit. pag. 20.

<sup>43</sup> BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", cit. pages. 123 y 124.

Ante tal situación, resulta inevitable interrogarse acerca del papel que juegan, la trascendencia que adquieren y las características que revisten los límites dominicales en el orden liberal, ya que sólo desde esta perspectiva se podrá determinar correctamente cuál es la configuración jurídica de la propiedad privada que rige en el Siglo XIX.

La clásica dialéctica poder propietario-limitaciones legales, siempre presente en el derecho de propiedad, se decanta en el orden liberal totalmente a favor del primero.<sup>44</sup> El orden burgués relega los límites a un segundo plano, intentando reducir al mínimo su existencia, porque se entiende que constituyen una radical contravención a principios fundamentales del sistema, como la libertad y la plena autonomía privada. Lo natural y verdaderamente esencial es el poder del propietario, que ha de desarrollarse normalmente sin estar sujeto a ningún tipo de control.

Por el contrario, las limitaciones han de ser consideradas como amputaciones infligidas a la noción pura de propiedad.<sup>45</sup> Toda obligación que pese sobre el propietario es entendida como contraria a la naturaleza de su derecho,<sup>46</sup> y, en consecuencia, será vista como una interferencia ilícita en el absoluto que le corresponde.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> A la citada dialéctica se ha referido MANRESA muy gráficamente, cuando literalmente manifiesta: "En 1889 eran unas facultades de goce, disposición y reivindicación, salvo ciertas limitaciones. La balanza con que metafóricamente nosotros podemos representar el precepto (se refiere al Art. 348 Cc..) estaba inclinada y firme del lado de las facultades". Cfr. MANRESA Y NAVARRO, JOSE MARIA. "Comentarios al Código Civil Español". Tomo III. Séptima edición. Instituto Editorial Reus, Madrid 1952, pag. 193.

<sup>45</sup> ATIAS, CHRISTIAN. "Que sais-je Le Droit Civil?", antes cit. pag. 93.

<sup>46</sup> ATIAS, CHRISTIAN. "Droit Civil. Les biens", antes cit. pag. 73. IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", cit. pag. 14.

<sup>47</sup> ATIAS, CHRISTIAN. "Que sais-je Le Droit Civil?" Ed. Presses Universitaires de France, Paris 1993, pags. 92 y 93. Idem "Droit Civil. Les biens.", cit. pag. 73. LUCARELLI, FRANCESCO. "Modeli privatistici e diritti soggettivi pubblici", cit. pag. 198.

Consiguientemente, los límites dominicales se conciben *a posteriori* como algo tardío, accesorio, accidental y adventicio que únicamente han de imponerse cuando sean totalmente imprescindibles y necesarios.<sup>48</sup> En suma, las limitaciones sólo se admiten como excepciones puntuales y aisladas a los principios generales que rigen en materia de propiedad.

Desde esta perspectiva, se configura el derecho de propiedad como la posibilidad de obtener la totalidad de utilidades y ventajas que se deriven de una cosa, salvo excepciones.<sup>49</sup>

Por razón de esta excepcionalidad, las únicas limitaciones que admite el orden liberal son aquellas que vienen impuestas directamente por una ley o por un reglamento.<sup>50c</sup>

Sin embargo, es un dato constatable por la práctica que, en esta época, las leyes no son muy numerosas, y pocas veces se acude al ejercicio de la potestad reglamentaria.<sup>51</sup>

Por lo tanto, si las limitaciones sólo pueden ser impuestas mediante ley o reglamento, y si apenas se hace uso de la potestad legislativa y reglamentaria, necesariamente se concluye

---

<sup>48</sup> PERPIÑA RODRIGUEZ, ANTONIO. "La propiedad. Una crítica al dominiocentrismo". Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Balmes de Sociología. Madrid 1959, pag. 95. MARTIN BALLESTERO, LUIS. "La acción negatoria", antes cit. pag. 20.

<sup>49</sup> La idea fue puesta ya de manifiesto por el MARQUIS DE VAREILLES-SOMMIERES, "La définition et la notion juridique de la propriété", antes cit. pags. 444, 455 y 459 y ss.

<sup>50</sup> La exigencia de una ley o reglamento para poder imponer límites a la propiedad privada resulta deducible tanto del Art. 544 del Code francés ("pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements") como del Art. 348 Cc. español de 1889 ("sin más limitaciones que las establecidas en las leyes"). Mientras que el Art. 544 alude expresamente a la ley y al reglamento, el Cc. español en su Art. 348 suprime la referencia a los reglamentos porque, como ya hemos precisado, en la reserva de ley efectuada por el citado precepto se entienden comprendidas tanto las leyes en sentido formal como los reglamentos u otras disposiciones normativas que carezcan de rango legal.

<sup>51</sup> RUBINO, DOMENICO. "Modernas tendencias sobre los límites del derecho de propiedad en Italia", antes cit. pag. 191. MARIN PEREZ, PASCUAL. "La estructura del Estado y el Derecho Privado", antes cit. pag. 22 y 23.

que en el orden liberal los límites a la propiedad privada son más bien escasos y proliferan poco.

Estas cualitativamente excepcionales y cuantitativamente escasas limitaciones dominicales obedecen usualmente a necesidades que se suscitan en el plano de los intereses privados. Se trata de específicas limitaciones que son reconocidas con la exclusiva finalidad de garantizar a otros sujetos el ejercicio de iguales derechos.<sup>52</sup>

Si el propietario fuese totalmente libre en su actuación, no cabe duda que de ello se derivaría una situación de *bellum omnia contra omnes*, en la que cada individuo lucharía encarnizadamente para hacer prevalecer sus intereses sobre los demás.

Precisamente, para evitar esta situación de constante conflicto cada titular ha de ceder parte de la libertad que le corresponde en el ejercicio de su poder para garantizar así la tutela jurídica y el debido respeto a los derechos dominicales que pertenecen a terceras personas.

El ordenamiento jurídico pone a disposición del propietario los medios necesarios para tutelar la efectiva realización de su derecho, pero de ninguna manera ha de tolerar que el uso del mismo se convierta en un obstáculo que impida a los demás ejercitar los derechos de propiedad que les pertenecen.

De este modo, las limitaciones únicamente suponen la imposición de meros deberes negativos de "no hacer", porque exigen que el propietario se abstenga de llevar a cabo en el ejercicio de su derecho conductas que puedan suponer una lesión para terceros titulares

---

<sup>52</sup> RUBINO, DOMENICO. "Modernas tendencias sobre los límites del derecho de propiedad en Italia", antes cit. pag. 188.

dominicales.<sup>53</sup>

De estas afirmaciones, se puede adivinar ya que los límites liberales a la propiedad privada van desenvolverse principalmente en el ámbito de las relaciones de vecindad.

No obstante, en este contexto relacional, los límites dominicales vuelven a ser cuantitativamente escasos.

La sociedad liberal de comienzos del Siglo XIX era predominantemente agrícola, lo que suponía que la población se encontraba dispersa en pequeños núcleos rurales. Como consecuencia de tal situación de dispersión, era relativamente difícil que se planteasen conflictos de interés en el ejercicio del derecho de propiedad. Al hallarse cada titular dominical alejado espacialmente de otros titulares, era poco frecuente que los intereses de unos y otros colisionasen en el ejercicio de su respectivos derechos y, por lo tanto, aquéllos podrían desarrollarse plenamente.

En congruencia con la concepción liberal de las limitaciones a la propiedad como excepciones que únicamente pueden ser impuestas por una ley o reglamento, y que suponen para el propietario deberes negativos de "no hacer" establecidos por razón del interés privado, la doctrina se refiere a ellas con el calificativo de "extrínsecas".

Desde la perspectiva dogmática, se entiende que las limitaciones permanecen en el

---

<sup>53</sup> Se trata de la teoría del "usage prohibé" o "uso vietato" a la que alude RODOTA. Véase RODOTA, STEFANO. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 370. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", antes cit. pag. 80. En la misma línea LEPAGE, HENRI. ("¿Por qué la propiedad?", antes cit. pag. 33) describe muy gráficamente la forma en que el orden liberal actuaban los escasos límites al derecho de propiedad afirmando: "una persona que es propietaria de un pedazo de hierro, podrá utilizarlo para fabricar un martillo, una pala, etc, pero no podrá utilizarlo para romper los cristales de las ventanas de los demás".

marco externo de la propiedad privada sin alterar su esencia natural. Restricciones tales que, desde el exterior, comprimen el ejercicio del derecho, sin afectar, en lo más mínimo, a su contenido sustancial que permanece incólume.<sup>54</sup>

La razón por la que se considera a este tipo de limitaciones como extrínsecas a la propiedad privada, se halla en el dato de que la atribución de los poderes que este derecho representa se efectúa de manera incondicionada.

Es decir, el otorgamiento y la conservación de los poderes dominicales no depende ni se encuentra subordinado al cumplimiento de ninguna condición inicial por parte del propietario, el cual puede usarlo en la manera que estime más conveniente para la satisfacción exclusiva de sus intereses.

Los límites surgen *a posteriori*, como algo tardío que sólo es admisible cuando, en el ejercicio de su poder, el propietario pueda ocasionar una lesión a los derechos terceras personas.

Se trata de límites externos, porque no dirigen, coordinan o canalizan de modo constante y uniforme el comportamiento del propietario, sino que actúan excepcionalmente y *a posteriori* para resolver situaciones de conflicto entre diferentes derechos dominicales.

En definitiva, la propiedad privada se asimila a un poder tendencial y normalmente ilimitado, que sólo podrá ser externamente reducido o comprimido cuando así lo exiga la

---

<sup>54</sup> PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 15. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pag. 87. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 61.



necesidad de garantizar la intangibilidad de ajenos derechos.

Pues bien, el estudio de la trascendencia que revisten los límites dominicales en el orden liberal constituye una inestimable ayuda para retomar la precisión del verdadero alcance y sentido que el calificativo "absoluto" adquiere en este específico contexto jurídico.

La utilización por el Art. 544 del Code francés del término "absoluto" pretende resaltar el carácter excepcional de los límites a la propiedad privada.

Dicho calificativo no persigue negar totalmente la admisibilidad de las limitaciones o restricciones a la propiedad privada. El mismo Art. 544 contempla la posibilidad de establecer límites a su ejercicio cuando así lo disponga una ley o un reglamento. Ahora bien, lo que sí denota la utilización del término "absoluto" es que tal posibilidad es reconocida por el citado precepto a título excepcional.

En el orden liberal, los límites dominicales no integran el Derecho Normal, sino que quedan comprendidos en el ámbito del Derecho Excepcional. En condiciones de normalidad la propiedad representa una esfera subjetiva de libre disposición reservada a su titular sobre el bien objeto de su derecho. Tan sólo excepcionalmente la libertad que corresponde al propietario podrá ser limitada.

Por lo tanto, si entendemos que el calificativo "absoluto" señala el carácter excepcional que adquieren las limitaciones dominicales en el orden liberal, quizás con la utilización de ese término se haya querido también determinar la posición la propiedad privada frente a los

restantes derechos reales.<sup>55</sup>

Durante la Edad Media los derechos reales limitativos del dominio se multiplicaron desmesuradamente llegándose a convertir en pesadas cargas que gravaban en exceso a la propiedad privada. El espíritu antifeudal y liberalizador del orden burgués llevó a conceptualizar negativamente a los derechos reales, porque se entendía que, al privar éstos al propietario de ciertas facultades que normalmente le corresponderían, restringían su libertad de acción y sus posibilidades de actuación respecto los bienes que le pertenecían.

Es posible que en esta consideración negativa de los derechos reales limitativos del dominio, se encuentre la razón por la cual el Code de 1804 pretende garantizar a toda costa la prevalencia de la propiedad privada, definiéndola como el derecho de gozar y disponer de las cosas *de la manera más absoluta*.

Es cierto que las facultades de gozar y disponer no son exclusivas del propietario, sino que también concurren en el titular de un derecho real sobre cosa ajena. Empero, lo que diferencia y garantiza la prioridad de la propiedad es el modo en que tales facultades pueden ser ejercitadas. Precisamente, "de la manera más absoluta".

La propiedad privada no se define por relación a otros derechos que le sirven de referencia. Por este motivo, coloca a su titular en una relación inmediata con las cosas que le pertenecen, permitiéndole ejercitar sus facultades de manera autónoma e independiente. El propietario no debe dar cuentas a nadie de su goce, que se califica, por consiguiente, de pleno y exclusivo:

---

<sup>55</sup> CARBONNIER, JEAN. "Derecho Civil", Vol II, Tomo I, antes cit. pag. 143. ATIAS, CHRISTIAN. "Les biens", antes cit. pag. 78. Idem. "Que sais-je? Le Droit Civil", cit. pag. 92.

Por el contrario, los *iura in re aliena* se configuran necesariamente por relación a un preexistente derecho de propiedad del que dependen totalmente,<sup>56</sup> y frente al cual asumen carácter derivativo (derivan del haz pleno de poderes dominicales) y limitativo (restringen el alcance actual del dominio).<sup>57</sup>

Por esta razón, en el derecho sobre cosa ajena entre el titular y la cosa objeto de su derecho media otro sujeto, que es el propietario, lo cual impide que las facultades reales integrantes de un derecho real limitativo del dominio sean ejercitadas sin la intervención omisiva del propietario.

En otras palabras, se observa que la titularidad de cada derecho real y el ejercicio de las facultades que componen su contenido presupone y depende de la previa existencia de un derecho de propiedad, mientras que la titularidad de la propiedad privada es autónoma y el ejercicio de la facultades dominicales independiente.

Los restantes derechos reales patrimoniales se distinguen de la propiedad en el hecho de que las facultades que corresponden a sus titulares, están perfectamente determinadas, sin que quepa ningún tipo de duda respecto que es lo que están habilitados a hacer: tan sólo

---

<sup>56</sup> En congruencia con estas afirmaciones PUGLIATTI ("La proprietà nel nuovo Diritto", cit. pags. 132 y 133.) califica a la propiedad privada como un derecho real fundamental. Hay que precisar que dicha calificación no responde a dictados de corte iusnaturalista, porque como el mismo PUGLIATTI señala la utilización de tal calificativo se fundamenta en dos razones trascendentales: a) la propiedad se constituye como derecho autónomo no sólo porque no depende, sino porque por su esencia no puede depender de otro derecho real. b) cada derecho real presupone la necesidad, como insuprimible pedestal, del derecho de propiedad. Sobre esta misma cuestión Vid. ZENATI, FREDERIC. "Les biens", antes cit. pag. 106. ATIAS, CHRISTIAN. "Les biens", cit. pag. 78. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", antes cit. pag. 123.

<sup>57</sup> PERPIÑA RODRIGUEZ, ANTONIO. "La propiedad. Una crítica al dominiocentrismo", antes cit. pag. 95.

aquello que les esté permitido.<sup>58</sup>

Por el contrario, el propietario puede realizar absolutamente todo, menos aquello que le esté explícitamente prohibido.<sup>59</sup>

Podemos concluir, pues, que el derecho real representa para su titular un concreto y específico poder sobre las cosas. Mientras, la propiedad privada supone el más amplio señorío que se pueda tener sobre ellas.

Desde este punto de vista, la doctrina postula la sustitución del calificativo "absoluto" por el de "pleno" para referirse a la propiedad privada, aludiendo ahora a ésta como una *plena in re potestas*.

Sin embargo, la concepción de la propiedad como derecho pleno, entendido en el sentido de que representa el más amplio poder sobre las cosas, no está libre de impedimentos. Respecto al término "pleno", resulta necesario volver a reiterar, al igual que se hacía para

---

<sup>58</sup> A título meramente ejemplificativo, nuestro Código Civil delimita perfectamente cuales son las facultades que corresponden al titular de un derecho real de usufructo. Así, el Art. 471 dispone: "El usufructuario tendrá el derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles, de los bienes usufructuados. Respecto de los tesoros que se hallaren en la finca será considerado como extraño". Incluso para este caso concreto el Código no se conforma con precisar explícitamente aquello que puede hacer el usufructuario, sino que también procede a determinar qué es aquello que no se le permite llevar a cabo. En esta línea el Art. 476 afirma que "no corresponden al usufructuario de un predio en que existen minas los productos de las denunciadas, concedidas o que se hallen en laboreo al principiar el usufructo, a no ser que expresamente se le conceda en el título constitutivo éste, o que sea universal." En definitiva, las facultades que corresponden al usufructuario están perfectamente delimitadas por nuestro Código Civil tanto en sentido positivo (lo que puede hacer), como en sentido negativo (lo que no le está permitido hacer).

<sup>59</sup> Respecto a la contraposición ahora aludida VAREILLES-SOMMIERES, MARQUIS DE. "La définition et la notion juridique de la propriété", antes cit. pag. 444, en donde se indica que "sobre la cosa el propietario puede todo excepto ciertos actos; el titular de otro derecho real no puede nada exceptuando ciertos actos".

el calificativo "absoluto", que no constituye un sinónimo de ilimitado.<sup>60</sup>

A este primer impedimento se le añade un segundo. El calificativo "pleno" es un término de carácter relativo, ya que su sentido sólo se deduce de la comparación del poder que corresponde al propietario y el poder que se atribuye a los titulares de los restantes derechos reales. De entre los distintos poderes que se pueden tener sobre las cosas, el que corresponde al propietario es el de mayor intensidad posible.

Consiguientemente, debido a estos impedimentos, quizás resultaría aconsejable referirse a la propiedad privada ya no como *plena in re potestas*, sino como *maior in re potestas*, en cuanto calificación más expresiva de la relación que verdaderamente se entabla entre aquélla y los restantes derechos reales patrimoniales.<sup>61</sup>

Por otra parte, la intención del legislador de 1804, manifiesta ya en la expresión "de la manera más absoluta", de garantizar la total hegemonía de la propiedad privada sobre los derechos reales limitativos de la misma parece confirmarse por la utilización de otros

---

<sup>60</sup> Como acertadamente señala BARASSI "la propiedad representa un amplio señorío; es el más amplio señorío, sí; pero dentro de los límites fijados por la ley para coordinar el interés individual con el colectivo". Vid. BARASSI, LODOVICO. "Proprietá e comproprietá", antes cit. pag. 11.

<sup>61</sup> Es cierto que la expresión *maior in re potestas* presenta igualmente serios inconvenientes, como el que consiste en poner en duda si en las diferentes esferas patrimoniales de los distintos sistemas sociales, la propiedad privada fue siempre el derecho real más fuerte. Sin embargo, pese a situaciones como la del usufructo vitalicio que puede representar económicamente mucho más que la nuda propiedad, el censo redimible o los actuales arrendamientos, en donde cada vez resulta más complejo desalojar al arrendatario y en donde existen muchas dificultades para lograr una actualización de la renta a los precios de mercado, estimamos que el carácter prevalente de la propiedad privada frente a los restantes derechos reales sigue plenamente vigente, ya que en todo caso aquélla constituye una condición imprescindible para el nacimiento y existencia de éstos. Referido a la calificación de la propiedad como *Maior in re potestas*, Vid. PERPIÑA RODRIGUEZ, ANTONIO. "La propiedad privada. Una crítica al dominocentrismo", cit. pag. 103 y 104. Sobre la prevalencia de la propiedad privada respecto los *iura in re aliena*, Vid. MAZEAUD, HENRI-LEON-JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", Parte II, Vol. IV, antes cit. pags. 19 y 20.

mecanismos jurídicos que también se mueven en esta misma dirección, convergiendo en similares resultados.

Así, el Código de Napoleón, frente a lo acontecido en el Derecho Intermedio, busca reducir al mínimo la presencia de los *iura in re aliena* mediante la adopción de un sistema de *numerus clausus*. Es decir, tan sólo se admite la constitución de aquellos derechos reales que se encuentren tipificados en la lista cerrada que acoge el Code.<sup>62</sup>

La finalidad de esta rígida restricción del número de los derechos reales es proteger al máximo la libre circulación de los bienes y la inviolabilidad de la propiedad frente a la lesión que representa una potencial limitación, aún cuando ésta tenga su origen en la *voluntas dominus*.

---

<sup>62</sup> COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 297. De nuevo la configuración jurídica de los *iura in re aliena* que asume el Code Napoleónico nace como radical contraposición a la situación vigente con anterioridad en el Antiguo Régimen. Frente a la multiplicación de los derechos reales en la Edad Media, el orden liberal responde con la radical restricción de su número, admitiendo únicamente aquellos comprendidos en la lista facilitada por el Code. Fuera de esta lista quedan algunos derechos reales que tuvieron gran trascendencia en los esquemas feudales. Tal es el caso de la enfiteusis. El legislador liberal no contempla la figura de la enfiteusis en el Code como reacción al excesivo protagonismo que ésta había adquirido en el Medioevo. La Revolución Francesa pretendía una total unificación y liberalización de la propiedad privada. La enfiteusis, y en concreto el censo enfiteútico perpetuo, tenía muchos puntos de contacto con el derecho feudal, en tanto era muy similar al derecho que asistía al titular del dominio útil. En todo caso, el derecho real de enfiteusis suponía una muy grave limitación a la propiedad privada que era totalmente contraria al espíritu liberalizador que preside la labor del legislador francés de 1804. Quizás por este motivo, este derecho real no se incluyó en el Code. Sobre esta particular referencia a la desaparición de la enfiteusis en el Code de 1804 véase BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit. pags. 40 y ss. Finalmente resulta necesario hacer también una breve alusión respecto al lugar que la enfiteusis ocupa en nuestro Código Civil, toda vez que el sistema francés guarda importantes diferencias con lo que ha sido denominado como la "concepción Hispánica" del censo enfiteútico. Si bien es cierto que el Cc. español contempla el censo enfiteútico, no es menos cierto que se reconoce expresamente la posibilidad de su redención, así como la interdicción de otros contratos que conlleven la desmembración del dominio, como el de subenfiteusis, los foros y subforos. En particular, respecto a los foros que se establezcan desde la promulgación del Código y sean de tiempo indefinido, dispone el Código la asimilación de su régimen jurídico al de la enfiteusis, cabiendo también, por lo tanto, redención. (Vid. Arts. 1604, 1611, 1655 Cc.).

Desde esta perspectiva, resulta también explicable el establecimiento de la presunción de libertad en el ejercicio del dominio. Los terceros que pretendan o aleguen la titularidad de derechos reales limitativos de la propiedad, han de probarlos. Por el contrario, se presume que la totalidad de las facultades dominicales pertenecen al propietario. La carga de la prueba corresponde a quien alegue la existencia del derecho real limitativo y no al propietario, porque se presume que el derecho de propiedad es libre.<sup>63</sup>

## 2. LA PROPIEDAD COMO DERECHO RELATIVO Y PODER FUNCIONAL.

Independientemente de que en la práctica fuese realizable o no el tan proclamado carácter absoluto del derecho de propiedad, lo cierto es que en la actualidad la visión liberal

---

<sup>63</sup> Un ejemplo muy ilustrativo de lo que en este punto acontece nos lo suministra el estudio de la acción negatoria que, siguiendo a PUIG BRUTAU ("Fundamentos de Derecho Civil". Tomo III, Vol. I, Ed. Bosch, Barcelona 1971, pag. 232.) y a MARTIN BALLESTERO, LUIS. ("La acción negatoria", antes cit. pag. 85.), puede definirse como aquella acción que asiste al propietario de una cosa para obtener la declaración de que no está sujeta al derecho o pretensión que otro, el demandado, se atribuye sobre la misma. Por tener esta finalidad es llamada negatoria o de *libertad de la propiedad* (el subrayado es nuestro). Según BARASSI el propietario puede sin más apoyarse en la normal completitud de su derecho para evitar la prueba. Para él en la acción negatoria basta la prueba de la propiedad. Vid. sobre este particular. BARASSI, LODOVICO "Proprietà e comproprietà", antes cit. pag. 57. El razonamiento esgrimido por el citado autor italiano viene a ser desarrollado igualmente por la doctrina española. Así, en opinión de LETE "no es necesario que el propietario pruebe que el demandado no tiene derecho a realizar aquellos actos que lesionan su derecho de dominio, así como también la inexistencia del derecho del demandado, ya que será éste el que tendrá que aportar las pruebas que acrediten la existencia a su favor de la servidumbre o derecho real que pretende ejercitar sobre la cosa del actor, pues es principio de derecho que la propiedad se presume libre" (LETE DEL RIO, JOSE MANUEL. "La protección de la propiedad", Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1979, pag. 69). Para DIEZ PICAZO y GULLON BALLESTEROS ("Sistema de Derecho Civil", cit. pag. 201) "el actor deberá probar el dominio que dice ostentar, pero no la falta de derecho del demandado, porque se presume que la propiedad es libre mientras no se demuestre lo contrario. Por su parte, ALBALADEJO ("Derecho Civil", antes cit. pag. 375 edición de 1991) estima que el demandante no ha de probar la inexistencia del derecho que niega, pues como la propiedad se presume libre hasta que se pruebe lo contrario, será el demandado quien haya de acreditar la existencia del derecho debatido. Igualmente el TS en reiteradas resoluciones ha insistido en la presunción de libertad del dominio. Entre otras destacamos: STS. 31 de Marzo de 1902, 10 de Junio de 1904, 23 de Junio de 1916, 13 de Octubre de 1927, 8 de Junio de 1929, 13 de Noviembre de 1929, 4 de Marzo de 1933 Civil (RJA 1525), 1 de Febrero de 1944 Civil (RJA 224), 23 de Marzo de 1961 Civil (RJA 1221), 7 de Marzo de 1962 Civil (RJA 1354), 29 de Enero de 1964 Civil (RJA 393), 28 de Octubre de 1964 Civil, (RJA 4862).

del instituto dominical ha sufrido una mutación de relevante trascendencia.

La transformación radica en que el poder que corresponde al propietario se ve limitado por obra de la importancia que adquieren los límites a la propiedad privada, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa.

Desde la perspectiva cuantitativa, los poderes dominicales se hallan cada vez más restringidos por razón de los límites que son inherentes a las exigencias de la vida en sociedad.<sup>64</sup>

Tras la industrialización, la vida en la ciudad reviste una mayor complejidad social que la vida que transcurre en el medio rural. La concentración de ingentes masas de población en los reducidos núcleos urbanos, producida por un éxodo masivo desde el medio rural<sup>65</sup>, multiplica la creación de conflictos de intereses en el ejercicio del derecho de propiedad. Al hallarse cada titular dominical más cercano en el espacio, resulta más fácil que su comportamiento repercuta en el dominio ajeno.

---

<sup>64</sup> En opinión de RUBINO, DOMENICO "Modernas tendencias sobre los límites del Derecho de propiedad en Italia", cit. pag. 205), "Está fuera de toda duda que la evolución histórica conduce a un continuo aumento de las limitaciones de la propiedad por interés público; no podía ser otra cosa, debido a la complejidad cada día mayor de la vida moderna y de las relaciones cada vez más estrechas y numerosas que enlazan los individuos entre sí, acentuándose la posición de interdependencia, sobre todo a causa del desarrollo de la técnica". En este entendimiento, el Tribunal Supremo pone de relieve que con el tiempo la propiedad privada, derecho originariamente absoluto, se ve minado por cada vez mayores restricciones, que naturalmente tendrán que ser adoptadas siempre que el bien común lo exija y el derecho positivo lo respalde". Vid. STS. 23 Mayo 1985 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 4121).

<sup>65</sup> Este éxodo masivo de población desde el medio rural hacia los núcleos urbanos, se vio enormemente favorecido por vanas promesas de mejoras en las condiciones de existencia. Sobre esta cuestión, Vid. MAZEAUD, HENRI/JEAN/LEON. "Lecciones de Derecho Civil", Parte II, Vol IV, antes cit. pags. 59 y 60. MORENO QUESADA, RAFAEL. "La mejora de los bienes. Supuestos generales y teoría general". Ed. Montecorvo, Madrid 1990, pags. 121 y 122. DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", cit. pags. 92 y ss.



En consecuencia, de esta mayor proximidad espacial se deduce un aumento cuantitativo de los límites que son susceptibles de imponerse al ejercicio de la propiedad por razones de convivencia social. Es perfectamente posible que la conducta llevada a cabo por el propietario de un inmueble localizado en el medio rural no cause ningún tipo de perjuicio al fundo vecino, mientras que la misma forma de proceder realizada en el medio urbano puede ocasionar un importante daño al titular colindante.

Por otra parte, la misma complejidad que la vida social adquiere tras la industrialización exige un cambio cualitativo en la manera en que operan los límites dominicales. Paulatinamente se hace necesario que la propiedad ya no sea limitada única y exclusivamente con la finalidad de evitar y resolver los posibles conflictos de interés que puedan surgir entre propietarios.<sup>66</sup> La imposición de limitaciones de tal tipo deviene totalmente insuficiente en una sociedad que, como la nuestra, postula como principios fundamentales el pluralismo y la solidaridad social.

Ahora, los límites a la propiedad privada no han de ocuparse sólo de resolver conflictos interindividuales, sino que han de atender a un conflicto de mucha mayor relevancia, tal y como es el que se plantea entre el interés egoísta del propietario y el interés social de la colectividad.<sup>67</sup> Es decir, junto a las ya tradicionales limitaciones por razón del interés privado, aparece ahora una nueva clase de limitaciones dominicales, cuya finalidad principal es lograr la efectiva realización del interés social de la comunidad en su conjunto. Entre esta

---

<sup>66</sup> CANTELMO, VINCENZO ERNESTO. "Struttura e forme della proprietà: l'aspetto agricolo", antes cit. pag. 7. COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 50.

<sup>67</sup> COMPORTI, MARCO. "Considerazioni sulla proprietà e sui diritti reali nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio", en AA.VV. "La Civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Tra crisi dogmatica e riforme legislative". Ed. Cedam, Padova 1991, pags. 470 y ss. Idem "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 323. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", cit. pags. 92 y 93.

especie de limitaciones, destaca con especial protagonismo la función social que se asigna a la propiedad privada en la mayor parte de los textos legislativos y constitucionales del actual mundo occidental.<sup>68</sup>

La idea matriz de la función social la aporta RUDOLF VON IHERING, al desplazar el centro de gravedad del derecho subjetivo desde la voluntad del titular, proclamada por BERNHARD WINDSCHEID, hacia el interés jurídicamente protegido.<sup>69</sup>

Las tesis voluntaristas de WINDSCHEID captaban perfectamente la concepción liberal del derecho subjetivo y, en concreto, la de la propiedad privada, pues ésta se hallaba totalmente sometida a la todopoderosa voluntad del propietario. Cualquier otro factor o elemento carecía de trascendencia, y por lo tanto, no se tomaba en consideración a la hora de proceder al ejercicio del derecho.

---

<sup>68</sup> Tal y como señala el Tribunal Supremo en ST. 5 Marzo 1991 (Civil) Fto. Dcho 20º (RJA 1718) "entendida la función social de la propiedad como delimitación del contenido de este derecho, se está afirmando que la propiedad puede ser sometida a un régimen jurídico tendente a solucionar el conflicto entre el interés particular del propietario y el interés de la colectividad, régimen que no guarda relación con otros principios o normas establecidos para regular las colisiones interindividuales".

<sup>69</sup> Respecto las tesis de WINDSCHEID sobre el derecho subjetivo Vid. "Tratado de Derecho Civil alemán". Tomo I, Vol I. Trad. de Fernando Hinestrosa. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1987, págs. 133 y ss. Las teorías de IHERING se contienen principalmente en su obra "Der Zweck im Recht". Prolog. de Christian Helfer. Vols. I y II. Ed. Greg Olms. Leipzig 1970. A la contraposición entre ambas doctrinas se han referido entre otros: DABIN, JEAN. "El derecho subjetivo". Ed. Revista de Derecho Privado". Trad. de Francisco Javier Osset, Madrid 1955, págs. 71 y ss, 81 y ss. FROSINI, VITTORIO. Voz "Diritto Soggettivo", in Novissimo Digesto Italiano. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. Tomo. V. Ed. Utet, Torino 1968, pag. 1049. IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", cit. págs. 38 y ss. MAZZU, CARLO. "Spunti per una riflessione sulla funzione sociale della proprietà", en la obra colectiva antes cit. "La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi", ahora pag. 559. GIORGIANI, MICHELE. "Il Diritto Privato e i suoi attuali confini", cit. pag. 400. ORESTANO, RICCARDO. "Teoria e storia dei diritti soggettivi", antes cit. págs. 98 y 99. DE RUGGIERO, ROBERTO. "Instituciones de Derecho Civil", Tomo I, antes cit. págs. 206 y ss. DIEZ PICAZO, LUIS y GULLON BALLESTEROS, ANTONIO. "Sistema de Derecho Civil", Vol. I, antes cit. págs. 414 y ss. BONET RAMON, FRANCISCO. "Compendio de Derecho Civil". Tomo I. Parte General. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959, págs. 268 y ss.

Sin embargo, la plena subordinación del ejercicio de las facultades dominicales a la omnímoda voluntad de su titular, lejos de generar los beneficiosos resultados que en un principio se esperaban, trajo consigo nefastas consecuencias.

Si la propiedad privada se dejaba totalmente en manos de la voluntad de su titular, en cierto modo resultaba lógico que éste mirase únicamente a la satisfacción egoísta de sus necesidades, desentendiéndose totalmente del interés social de la comunidad.<sup>70</sup> En este contexto, lo único que preocupa es la realización de su interés personal, incluso cuando ello comporte el menoscabo del bien social de la colectividad.

La satisfacción del interés social es algo que no inquieta al propietario liberal, porque se entiende que ya se lleva a cabo inconscientemente cuando éste actúa en su propia ventaja.<sup>71</sup> Rige plenamente la regla de "la perfecta concurrencia".

Por lo tanto, se trataba de una concepción excesivamente egoísta y personalista del derecho de propiedad que no tardó en provocar graves problemas e inconvenientes. Invistiendo al propietario de un poder casi absoluto sobre los bienes, e invitándole a explotarlos sin mirar los intereses de sus semejantes y de la sociedad, se acabó por falsear el concepto mismo de propiedad. Este se transformó en un instrumento para satisfacción de

---

<sup>70</sup> "La voluntad del hombre es naturalmente proyectada sobre la esfera del yo: es egoísmo. Pero, ¿cómo puede todavía existir el mundo, si el individuo no quiere más que en función de sí mismo?". Sobre esta cuestión y por expresa alusión a IHERING Vid. IRTI, NATALINO "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", antes cit. pag. 39.

<sup>71</sup> Como ya ha sido puesto de manifiesto, las teorías económicas de A. SMITH, que presuponían un mercado en concurrencia perfecta, facilitaban el arraigo de la idea que identifica el interés individual con el bien común. De acuerdo con esta regla, señalan NATOLI y ORESTANO que en el orden liberal "no es la comunidad para el individuo, sino el individuo para la comunidad". El sujeto individual actuando en su propio beneficio actúa, sin ser consciente de ello, en interés de la comunidad. Véase NATOLI, UGO. "Diritto soggettivo", Ed. Giuffré, Milano 1943, pag. 1, en concreto nota 1. ORESTANO, RICCARDO. "Teoria e storia dei diritti soggettivi", antes cit. pag. 106.

necesidades y deseos demasiado personales, que incluso llegó a justificar caprichosas actitudes absentistas y parasitarias.<sup>72</sup>

Esta concepción egoísta de la propiedad privada no hizo sino convertirla en un rígido obstáculo que impedía la realización del interés social de la comunidad y el fomento de la equidad en las relaciones sociales derivadas del ejercicio de la actividad productiva.

La crisis de las teorías voluntaristas y las negativas consecuencias a las que avocan, terminan con desplazar la atención hacia los intereses que entran en juego en el ejercicio de las facultades dominicales, con especial consideración a aquéllos que están en íntima conexión con las necesidades de la colectividad social.

El poder que corresponde al propietario ya no ha de dirigirse exclusivamente a la satisfacción de sus necesidades personales, sino que ha de atender también a finalidades superiores de orden social respecto las cuales debe converger su gestión.<sup>73</sup>

Aquella soberana voluntad del titular dominical, la cual determinaba con absoluta omnipotencia todo lo concerniente al ejercicio de su derecho, aparece ahora mediatizada y condicionada por la realización del interés social de la colectividad.

Por razón de esta vinculación de tipo social, el titular de un derecho de propiedad ya

---

<sup>72</sup> MULLER, ALBERT. "Congrès d'Economie sociale catholique", sous le haut patronage de son Eminence le Cardinal Mercier, Liège (Xhovémont) 6 Septembre 1920. Rapports, discussions. Liège. Secretariat des Oeuvres Sociales, 1921, pag. 28. RISCO, FRANCESCO. "Derecho Civil teórico y práctico". Ed. de la España Moderna, Madrid Tomo V, Vol. I, pag. 123. MARQUES DE SEGARRA, MANUEL. "El nuevo derecho de propiedad individual", cit. pags. 25 y 45.

<sup>73</sup> BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", cit. pag. 259. COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", cit. pag. 167.

no puede utilizar los bienes en la manera que estime más adecuada para la satisfacción de su interés individual. Su decisión ha de tener también presente la simultánea realización del interés social de la colectividad. Es decir, se ha de proceder a un ejercicio socialmente útil del derecho de propiedad.<sup>74</sup>

El propietario deja de ser libre en la utilización de los bienes que le pertenecen, ya ésta que depende de la trascendencia social que éstos revistan. Esto comporta que las cosas ya no están en función de la voluntad, sino que la voluntad se halla en función de las cosas. Como nos enseña IRTI, la vocación social del bien orienta la autonomía del individuo.<sup>75</sup>

De esta manera, la relevancia social que puede tener el ejercicio del derecho de propiedad sobre determinadas categorías de bienes, orienta y dirige la actividad de su titular hacia el destino económico que sea más adecuado para la satisfacción de las necesidades de la colectividad.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> SANDULLI, ALDO M. "Profili costituzionali della proprietà privata", en "Scritti Giuridici. Diritto Costituzionale". Vol. II. Jovene Editore, Napoli 1990, pag. 357. RUBINO, DOMENICO. "Modernas tendencias sobre los límites al derecho de propiedad en Italia", antes cit. pag. 206. COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 158. BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit. pag. 259. BIGLIAZZI GERI, LINA. "Evoluzione ed involuzione nel diritto di proprietà", en AA.VV. "La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Tra dogmatica e riforme legislative". Ed. Cedam, Padova 1991, pag. 526. MAZZU, CARLO. "Spunti per una riflessione sulla funzione sociale della proprietà", cit. pag. 562. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", cit. pags. 92 y 93. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", cit. pags. 52 y 63.

<sup>75</sup> IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", antes cit. pag. 50.

<sup>76</sup> Desde el momento en que existen una serie de mecanismos (normalmente disposiciones legislativas) que imponen la utilización de los bienes de acuerdo con las exigencias del interés social, el propietario ha dejado de tener un poder absoluto sobre las cosas que le pertenecen. En múltiples ocasiones, y dependiendo particularmente del bien de que se trate, el titular de un derecho de propiedad encuentra limitada su capacidad de actuación por razón del interés social, que establece directrices respecto al destino económico que hay que imprimir a los bienes de que se trate. A título ejemplificativo, el propietario de una finca rústica, ya no es libre de abandonarla, dejarla inculta, destruirla, etc. Por razón del interés social, reiteradas veces se imponen al propietario agrícola

La propiedad no sólo es medio para que el propietario vea satisfechas sus necesidades personales, sino también es un instrumento de cooperación social, porque sirve para la realización de intereses que afectan a la entera sociedad.<sup>77</sup>

Sin embargo, estas afirmaciones no quieren significar que el interés social venga a eclipsar totalmente el interés individual del propietario.

Con la sujeción de la propiedad privada a fines sociales sólo se pretende evitar que el interés individual se satisfaga de una manera egoística y excesivamente personalista.<sup>78</sup> Como bien apunta BARASSI, "las exigencias de solidaridad sólo buscan atemperar el egoísmo edonista individual".<sup>79</sup>

Desde el profundo espíritu social que preside la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico resulta condenable el ejercicio egoísta, ya no sólo del derecho de propiedad, sino también de cualquier otro derecho subjetivo. Por consiguiente, el propietario ha de satisfacer su interés personal en aquella manera que sea plenamente compatible con la realización del

---

obligaciones de conservación y mejora, de utilización de los medios técnicos escasos disponibles para el cultivo de la tierra, o incluso prohibiciones de enajenación en determinadas circunstancias. Idénticas afirmaciones pueden ser realizadas con respecto al ejercicio de las facultades dominicales sobre el suelo urbano, donde las restricciones a su libre ejercicio por obra de la función social son más que frecuentes.

<sup>77</sup> Para contrastar esta situación con la que se vivía en el orden liberal burgués Vid. GAMBARO, ANTONIO. "Il libro della proprietà" en AA.VV. "I cinquant'anni del Codice Civile. Atti del Convegno di Milano 4-6 Giugno 1992. Vol I. Relazioni. Ed. Giuffré, Milano 1993, pag. 179. HATTENHAUER, HANS. "Conceptos fundamentales del Derecho Civil", cit. pag. 118. LEPAGE, HENRI. "Por qué la propiedad", antes cit. pags. 76 a 84. COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", cit. pags. 313 y 314. PERPIÑA RODRIGUEZ, ANTONIO. "La propiedad. Una crítica al dominiocentrismo", cit. pags. 76 y 77. GLIOZZI, ETTORE. "Dalla proprietà all'impresa", cit. pags. 44 y ss. IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", antes cit. pag. 16.

<sup>78</sup> MAZEAUD, HENRY/LEON/JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", Parte II, Vol IV, antes cit. pag. 22.

<sup>79</sup> BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", cit. pags. 260 y 261.

interés social de la colectividad.

Es así como podemos admitir la tesis de que ambos tipos de interés se complementan y compensan mutua y recíprocamente en el ejercicio del derecho de propiedad.<sup>80</sup> El interés personal del propietario se halla limitado por la realización del interés social. Y viceversa. El interés social de la colectividad se encuentra limitado (salvo excepciones) por el respeto al interés personal del propietario. El interés individual sólo ha de ser plenamente sacrificado cuando su satisfacción se lleve a cabo en un modo que, por ser egoísta, constituya un insalvable obstáculo a la plena y efectiva realización del interés social de la colectividad.

Por este motivo, estamos de acuerdo en afirmar con MESSINEO que en la actualidad, la propiedad privada es un derecho individual no individualista<sup>81</sup>. Decimos que es un derecho individual, porque la atribución de su titularidad se sigue efectuando al individuo, al sujeto privado, al particular. Sin embargo, entendemos que la propiedad privada ha perdido su carácter individualista, porque el poder del propietario está templado por consideración a exigencias de interés social.<sup>82</sup>

Hablar de que la propiedad privada ya no es un derecho individualista, sino individual

---

<sup>80</sup> De este punto de vista resulta también partícipe COMPORTI ("Considerazioni sulla proprietà e i suoi limiti nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio", cit. pag. 472) cuando literalmente afirma que "la función social constituye un coterminamiento del interés social e individual".

<sup>81</sup> MESSINEO, FRANCESCO. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Tomo III. Derechos de la personalidad. Derecho de familia. Derechos reales. Trad de S. Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1979, pag. 251.

<sup>82</sup> BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", cit. pag. 269 y en concreto las afirmaciones y bibliografía recogidas en la nota 13 de la página citada. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", cit. pag. 107. IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", cit. pag. 39. MARQUES DE SEGARRA, MANUEL. "El nuevo derecho de propiedad individual", antes cit. pag. 25. COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 315.

o que el propietario ya no es plenamente libre en el ejercicio de su derecho porque ha de atender también a las necesidades sociales de la colectividad sería mera ideología, simples palabras declarativas, carentes de consecuencias jurídicas, si no se preveyesen los mecanismos necesarios para garantizar una efectiva realización del principio de la función social.

De lo que se trata ahora es de averiguar con qué medios cuenta nuestro ordenamiento para lograr jurídicamente que, en el ejercicio de su derecho, el titular dominical satisfaga su interés individual de conformidad con las exigencias sociales de la colectividad.

En este contexto, ciertos autores sostienen que la prohibición del abuso del derecho no reclama necesariamente un ejercicio en sentido social de la propiedad privada.<sup>83</sup> A nuestro modo de ver, sólo se puede llegar a esta conclusión desde la concepción subjetiva del abuso del derecho inicialmente asumida por el orden liberal.

Durante gran parte del Siglo XIX la apreciación del abuso del derecho descansaba exclusivamente en dos elementos esenciales: la intención de causar daño y la total ausencia de un interés serio o legítimo<sup>84</sup> por parte del titular en el ejercicio de su derecho.<sup>85</sup> Parece,

---

<sup>83</sup> De la misma opinión son RESCIGNO, PIETRO. "Manuale del Diritto Privato Italiano". Ed. Jovene, Napoli 1981, pags. 461 y 462. BIGLIAZZI GERI, LINA. "Evoluzione ed involuzione del diritto di proprietà", cit. pag. 521. BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", cit. pag. 623.

<sup>84</sup> La apreciación del abuso del derecho en base a la concurrencia o no de un interés serio y legítimo por parte del titular constituyó la más trascendente aportación de la sentencia de la Cour de Colmar de 2 de Mayo de 1855 en donde se afirma "que el derecho de propiedad, así como el ejercicio de cualquier otro derecho, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo". Más ampliamente sobre las repercusiones de esta sentencia en la teoría de abuso del derecho, IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", antes cit. pags. 43 y ss. DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO. "Comentarios del Código Civil". (Art. 7.2). Tomo I. Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pag. 58. MARTINEZ CALCERRADA, LUIS. "Estudios de Derecho Patrimonial", Ed. Montecorvo, Madrid 1984, pags. 33 y 34.



por lo tanto, que desde esta inicial concepción subjetiva, la prohibición del abuso del derecho resulta relativamente insuficiente para dotar de un talante social a la propiedad privada, pues, en cierto modo, no se muestra incompatible con los presupuestos básicos del individualismo jurídico. En el orden liberal, el interés individual del propietario constituye no sólo un interés serio y legítimo, sino además aquel interés que el ordenamiento jurídico considera absolutamente prevalente frente a cualquier otro que pueda converger sobre el ejercicio del derecho de propiedad. En este sentido, basta que concurra el interés personal del titular dominical para considerar jurídicamente lícito y no abusivo el ejercicio del derecho, aún y cuando ello comporte un daño a terceras personas o albergue conductas antisociales perjudiciales para la entera colectividad.

Sin embargo, la concepción subjetiva del abuso del derecho no tardó demasiado tiempo en verse rodeada de múltiples detractores que se encargaron de poner de manifiesto las deficiencias de las que adolecían los presupuestos y resultados de los planteamientos jurídicos vigentes hasta ese momento en la materia. Además de la dificultad probatoria inherente a todo elemento intencional<sup>85</sup>, la concepción subjetiva del abuso del derecho se mostraba excesivamente permisiva con las conductas de tipo antisocial. Inconveniente éste que se subraya especialmente, cuando, a principios del presente Siglo, los ordenamientos jurídicos comienzan a ser diseñados en una dimensión social.

---

<sup>85</sup> Coinciden en señalar los citados como elementos esenciales para la apreciación del abuso del derecho en el orden liberal, entre otros, LEVI, GIULIO. "L'abuso del diritto". Ed. Giuffré, Milano 1993, pag. 35. LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. "Elementos de Derecho Civil". Tomo I, Vol. III. El derecho subjetivo. Ed. Bosch, Barcelona 1990, pags. 117 y 118. DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO. "Comentarios del Código Civil". (Art. 7.2). Tomo I, cit. pag. 58. PONS GONZALEZ, MANUEL y DEL ARCO TORRES, M. ANGEL. "Título Preliminar del Código Civil. Concordancias, comentarios y jurisprudencia". Ed. Comares, Granada 1990, pag. 492.

<sup>86</sup> Dificultad que igualmente señala LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. "Elementos de Derecho Civil" Tomo I, Vol. III, antes cit. pag. 119.

En este marco, se generaliza la idea de que los derechos subjetivos no pueden ser concebidos aisladamente, sino sumergidos en un complejo entramado social que influye, entre otras cosas, en la dogmática de los límites genéricos a su ejercicio y, en concreto, en la teoría del abuso del derecho. Las ideas kantianas<sup>87</sup> desarrolladas por IHERING e importadas a Francia por SALEILLES, sirven de apoyo a JOSSERAND<sup>88</sup> para construir un nuevo concepto del abuso del derecho que se caracteriza por alejarse de su inicial configuración subjetiva para desplazarse hacia una concepción eminentemente objetiva.<sup>89</sup> Para el autor francés existe abuso del derecho cuando en el ejercicio del mismo se produce una desviación del destino típico asignado por el Derecho Objetivo. El abuso se resuelve así no sólo en base a la ilicitud de la conducta, determinada de acuerdo con la intención o interés del titular, sino también en base al fin u objetivo al que ha de tender el ejercicio del derecho en condiciones de normalidad, con lo que así se pretende dar entrada a una perspectiva finalística o funcional en la apreciación del mismo.

En la actualidad el Derecho Objetivo (representado fundamentalmente por la Constitución) prescribe que entre los fines a los que ha de dirigirse el ejercicio del derecho

---

<sup>87</sup> Como veremos posteriormente en mayor profundidad, fue EMMANUELLE KANT quien en un primer momento señaló la imposibilidad de que pudiera existir una relación nouménica entre las personas y las cosas. Para un más detenido estudio de esta cuestión, Vid. PENA LOPEZ, JOSE MARIA. "Precisiones sobre la configuración del derecho real en la doctrina moderna". Trabajo inédito que manejamos por cortesía del autor, pags. 57 y ss del original mecanografiado.

<sup>88</sup> Se trata de un proceso que ha sido descrito más ampliamente y con mayor detalle por MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pags. 256 y 257.

<sup>89</sup> Las principales tesis de JOSSERAND en este sentido se hallan en su obra "De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits". Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence. Paris 1927, pags. 315 y ss. Para un estudio más profundo e incluso a veces crítico de la postura tomada por el citado autor francés Vid. DABIN, JEAN. "El derecho subjetivo", antes cit. pags. 354 y ss. ROTONDI, MARIO "L'abuso di diritto". Capo I. Concetto di abuso e sua genesi. Riv. Dir. Civ., anno XV, 1923, pags. 122 a 125. BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit. pag. 502. IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", antes cit. pags. 44 y 45. MARTINEZ CALCERRADA, LUIS. "Estudios de Derecho Patrimonial", antes cit. pags. 32 y ss.

de propiedad no se halla sólo la satisfacción del interés individual del titular, sino también la efectiva realización del interés social de la entera colectividad. Por consiguiente, si en nuestro ordenamiento el ejercicio del derecho de propiedad ha de tender indudablemente a un destino económico-social, y si desde una concepción objetiva se considera abuso la desviación en el ejercicio del derecho del destino típico asignado por el Derecho Objetivo, podemos concluir que no obsta nada para conceptuar como abusiva la desviación de las finalidades sociales que, por mandato constitucional, ha de cumplir la propiedad en su ejercicio.

En esta inteligencia, no existe óbice alguno para sostener que, desde su vertiente objetiva, la prohibición del abuso del derecho puede actuar a modo de correctivo en sentido social del individualismo jurídico dominical y, en síntesis, como un medio con el que cuenta nuestro ordenamiento para impedir jurídicamente que, en el ejercicio de su derecho, el propietario satisfaga su interés individual de espaldas a las exigencias sociales de la colectividad.<sup>90</sup>

Los resultados ahora obtenidos pueden ser refrendados acudiendo a la lectura del Art. 7.2 Cc, pues este precepto no alude exclusivamente y sin más al abuso del derecho, sino también al ejercicio antisocial del mismo, cuando dispone: "La ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial del mismo". La cuestión de si es posible diferenciar o no entre abuso del derecho y ejercicio antisocial no es pacífica en la doctrina.<sup>91</sup> Pese a ello

---

<sup>90</sup> Así lo consideran también, entre otros, COMPORTI, MARCO. "Considerazioni sulla proprietà e sui diritti reali nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio", antes cit. pag. 468. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", cit. pag. 309. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", cit. pag. 255.

<sup>91</sup> Consideran que nos hallamos antes expresiones de idéntico significado, LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. "Elementos de Derecho Civil", Vol III, Tomo I, antes cit. pag. 123. BATLLE VAZQUEZ, MANUEL. "Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales". Tomo I, Vol. I, antes cit. pag. 120. DIEZ PICAZO, LUIS y GULLON BALLESTEROS, ANTONIO. "Sistema de Derecho Civil", Vol. I, antes cit. pag. 441. Insisten en la diferenciación, ESPIN CANOVAS, DIEGO. "Manual de Derecho Civil español". Vol I. Parte General. Octava edición. Ed. Revista de Derecho

preferimos seguir en este punto a LACRUZ, entendiendo que no cabe deslindar totalmente el ejercicio abusivo del ejercicio antisocial.<sup>92</sup> A nuestro modo de ver, la referencia al ejercicio antisocial introducida en el Art. 7.2 por la Reforma del Título Preliminar, podría responder a la intención del legislador de dejar suficientemente claro que en el vigente ordenamiento se considera abusivo no solamente el ejercicio del derecho que se lleve a cabo con la única intención de dañar y sin interés legítimo alguno para su titular, sino también aquel otro ejercicio que constituya una desviación del destino económico-social que pueda ser asignado al mismo por el Derecho Objetivo. En síntesis, el término "ejercicio antisocial" parece ser un instrumento del que se vale el legislador para resaltar enfáticamente que hoy en día existe abuso del derecho no sólo cuando en el ejercicio del mismo se daña a una tercera persona individualizada y concreta, sino también cuando se causa un perjuicio al interés social de la entera colectividad, apreciado en base al sentimiento colectivo de considerar que la conducta producida es un mal general que afecta a todos en conjunto y a nadie en particular, si bien es cierto, como señala LACRUZ, que lo que daña a la sociedad daña a sus miembros.<sup>93</sup>

Por otra parte, la acción de la función social puede canalizarse también mediante el establecimiento de incentivos y ventajas que, por razón de su atractivo, inviten al propietario a destinar el ejercicio de su derecho hacia un fin de interés social.

Ejemplos paradigmáticos pueden ser hallados en el ámbito de la propiedad agraria, donde a menudo se ofrecen prestamos, subvenciones, exenciones o bonificaciones fiscales a

---

Privado, Madrid 1982, pags. 584 y ss.

<sup>92</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. *Ibidem Supra*.

<sup>93</sup> LACRUZ BERDEJO. *Ibidem Supra*. En sentido análogo, y por remisión al autor citado, DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO. "Comentarios al Código Civil" (Art. 7.2), antes cit. pag. 64.

aquellos propietarios agrícolas que den preferencia en sus tierras al cultivo de determinadas especies, cuya producción es de interés para la entera colectividad social.<sup>94</sup>

En estos supuestos de incentivos y ventajas, la acción de la función social parece dirigirse a modo de carga que grava el derecho de propiedad. En efecto, en estos casos, el propietario es libre y no tiene el deber de observar el comportamiento mediante el cual se pretende encauzar la actuación del interés social, porque éste no le es jurídicamente exigible y porque además la realización de la conducta contraria a la establecida no consituye un acto ilícito.<sup>95</sup> Por esta causa, el titular dominical gravado se comporta lícitamente desde el punto de vista jurídico ya cumpla o no el comportamiento de que se trate. Ante una hipotética inobservancia, lo único que ocurriría es que no podrían tener lugar las ventajas o beneficios que, por el contrario, sí se derivarían para el propietario si hubiese llevado a cabo la conducta mediante la cual se pretendía estimular el ejercicio de su derecho hacia un fin de interés social.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> En este sentido, destaca con especial relevancia la Ley 49/1981 de 24 de Diciembre del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes (BOE 11 de Enero 1982, núm. 9) que considera como uno de sus fines principales proteger la explotación familiar agraria y facilitar la incorporación de los agricultores jóvenes a las actividades agrarias con el objetivo, entre otros, de promover la modernización de las explotaciones para que éstas consoliden o alcancen la viabilidad social y económica que se estima pertinente (Art. 1). Para conseguir este objetivo fundamental de contenido social, la propia Ley contempla la posibilidad de otorgar créditos y subvenciones para facilitar, de este modo, las inversiones que resulten necesarias para llevar a cabo el plan de modernización (Art. 48).

<sup>95</sup> Sobre la libertad que corresponde al gravado por la carga de cumplir o no el comportamiento en que ésta consiste, Vid. GIORGIANNI, MICHELE. "L'obbligazione", antes cit. pag. 21. GALGANO, FRANCESCO. "Sommario di Diritto Civile", Ed. Giuffré, Milano 1990, pag. 14. Idem. "Diritto Privato", antes cit. pag. 23. Finalmente del mismo autor "Diritto Civile e Commerciale", Vol I, antes cit. pag. 29.

<sup>96</sup> En relación con toda esta temática desarrollada en torno a la figura de la carga en abstracto, véanse las consideraciones efectuadas a este respecto por PENA LOPEZ, JOSE MARIA. "Derecho Civil". Parte General. Apuntes de las Lecciones.

Sin perjuicio de lo dicho en relación a los incentivos y ventajas, es necesario reconocer que, con mucha mayor frecuencia, nuestro ordenamiento canaliza la actuación de la función social acudiendo a la imposición, en vía legislativa, de deberes y obligaciones, mediante las cuales se exige jurídicamente que el propietario ejercite su derecho de conformidad con el interés social de la colectividad.

A lo largo de este trabajo en diversas ocasiones hemos utilizado y utilizamos los términos deber y obligación como sinónimos en un sentido amplio, queriendo encuadrar bajo ambos la necesidad de que el propietario observe determinadas conductas o comportamientos, activos u omisivos, que son manifestación directa de la función social que ha de cumplir en el ejercicio de su derecho. Ahora bien, esta coincidencia de significados que se aprecia en un plano genérico se desvanece cuando descendemos a caracterizar desde una perspectiva técnica la funcionalidad y sentido atribuible a los conceptos de obligación y deber.

Desde un punto de vista técnico, conviene diferenciar los vínculos que, por razón de la función social se imponen al propietario de las denominadas obligaciones reales (*propter rem* y cargas reales)<sup>97</sup> y las obligaciones personales (crediticias).

---

<sup>97</sup> La razón por la que comprendemos las obligaciones *propter rem* y las cargas reales dentro de la categoría más amplia de las obligaciones reales, se halla en que, al igual que GIORGIANNI y PENA, consideramos que la nota esencialmente identificativa de los derechos reales frente a los derechos de crédito no lo es la inmediatividad del poder que éstos representan. La servidumbre negativa constituye un claro ejemplo de derecho real que no se individualiza por el poder de autosatisfacción, sino, antes bien, por el poder de heterosatisfacción, en base al cual algunos han querido identificar la fisonomía de los derechos de crédito. Lo que sí identifica al derecho real es el carácter inherente del poder en que consiste el mismo sobre la cosa que constituye su objeto, en el entendimiento de que el titular puede obtener la satisfacción de su interés con independencia de las relaciones de hecho o jurídicas que afectaran a la misma. En síntesis, el derecho real se caracteriza porque el poder es verdaderamente inherente a la cosa en cuanto la sigue con independencia de quien sea propietario. En torno a esta diferencia que consideramos crucial, Vid. GIORGIANNI, MICHELE. "L'obbligazione. (La parte generale delle obbligazioni)". Ed. Giuffré, Milano 1968, pags. 81 y ss. También en nuestra doctrina, PENA LOPEZ, JOSE MARIA. "Precisiones sobre la configuración del derecho real en la doctrina moderna", cit., pags. 52 y ss. del original mecanografiado.

A nuestro modo de ver, tanto en las obligaciones reales como en las personales se aprecian y cumplen perfectamente las notas que GIORGIANNI y PENA señalan como esencialmente identificativas del concepto de obligación en sentido técnico.<sup>98</sup>

En los casos referidos, el comportamiento debido aparece como el polo correspondiente o el aspecto correlativo, en el lado de las situaciones de necesidad, al derecho subjetivo.<sup>99</sup> Se trata, por consiguiente, de un vínculo que se desarrolla entre un sujeto al que la norma impone la realización de una conducta (activa u omisiva) y otro sujeto en interés del cual la conducta es impuesta y a quien el Derecho Objetivo otorga el poder de exigir jurídicamente su cumplimiento.<sup>100</sup>

Por lo tanto, si en las obligaciones reales y personales el comportamiento debido es correlativo a un derecho subjetivo, el vínculo que éstas representan resulta encuadrable en el ámbito de la autonomía privada, cabiendo, por esta razón, la perfecta disponibilidad sobre el mismo. En efecto, las obligaciones *propter rem*, las cargas reales y las obligaciones crediticias son transmisibles y extinguidas por las causas del Art. 1156 Cc., así como por prescripción.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> La obligación en sentido técnico se muestra como un comportamiento debido correlativo a un derecho subjetivo. Por esta razón, la obligación en sentido técnico resulta encuadrable en el ámbito de la autonomía privada, cabiendo, por lo tanto, la disponibilidad de la misma. Más ampliamente sobre esta cuestión, GIORGIANNI, MICHELE. "L'obbligazione", antes cit. pags. 29 y ss. PENA LOPEZ, JOSE MARIA. "Derecho Civil". Parte General. Apuntes de las Lecciones.

<sup>99</sup> PENA LOPEZ, JOSE MARIA. "Derecho Civil". Parte General. Apuntes de las Lecciones.

<sup>100</sup> GIORGIANNI, MICHELE. "L'obbligazione", antes cit. pag. 41.

<sup>101</sup> Esta afirmación de la perfecta disponibilidad de las obligaciones en sentido técnico, aplicada ahora a las obligaciones *propter rem*, las cargas reales y las obligaciones crediticias, resulta incluso apreciable en aquellas figuras que han sido de difícil calificación para la doctrina, tal y como es el caso del censo enfiteútico (Art. 1605 Cc.). Basta con recordar que el Código Civil reconoce al censatario la facultad de redimir el censo a su voluntad aunque se pacte lo contrario (Art. 1608 Cc.). Al respecto, y en relación con las afirmaciones del texto, PENA LOPEZ, JOSE MARIA. *Ibidem* Supra.

Sin embargo, la situación en la que se encuentran los vínculos que se imponen al propietario por razón de la función social es distinta, pues todo parece indicar que en este caso no se aprecian con nitidez las notas esencialmente identificativas del concepto de obligación en sentido técnico, antes referidas.

Los comportamientos cuya realización se exige al propietario en el cumplimiento de la función social trascienden al campo del derecho subjetivo.<sup>102</sup> Los deberes sociales que el titular dominical ha de observar no dan lugar al nacimiento de un derecho subjetivo a favor de los restantes ciudadanos que integran la sociedad, pues el interés en atención al cual se impone la conducta debida, no lo es el de personas individuales y concretas, sino el de la comunidad social en su conjunto. Por este motivo, es a la sociedad, encarnada en la Administración, y no a los particulares, a quien el Derecho Objetivo otorga el poder de exigir jurídicamente el cumplimiento de tales deberes.

Ahora bien, con ello tampoco queremos decir que, por esta causa, sea adecuado reconocer la existencia de un derecho subjetivo a favor de la Administración, en base a la facultad que ésta tiene de imponer coactivamente el cumplimiento de los deberes derivados de la función social. A nuestro modo de ver, la Administración sólo es un instrumento de materialización de la función social que actúa, incluso a veces, por medio de la amenaza sancionatoria, con el fin de lograr la efectiva realización de las exigencias sociales a las que inescindiblemente queda ligado el ejercicio de la propiedad privada en el presente orden constitucional. En este entendimiento, conviene recordar que uno de los principales objetivos de la acción pública es velar por el interés de la comunidad.

---

<sup>102</sup> En sede general, y en relación a los deberes en sentido técnico, PENA LOPEZ, JOSE MARIA. *Ibidem Supra*.



Por consiguiente, si los deberes que se imponen al propietario por razón de la función social no son correlativos a un derecho subjetivo, éstos han de permanecer necesariamente excluidos del ámbito reservado a la autonomía de la voluntad y, precisamente, por este motivo, no existe posibilidad de disposición sobre los mismos. Los particulares no pueden perdonar o condonar a un determinado titular dominical el cumplimiento de los deberes que son consecuencia de las exigencias sociales que gravan el ejercicio del derecho de propiedad.

En síntesis, de acuerdo con las notas identificativas de la obligación en sentido técnico antes señaladas, los vínculos que se imponen al propietario, por obra de la función social que ha de cumplir en el ejercicio de su derecho, parecen distanciarse del concepto de obligación, para aproximarse a la categoría de los deberes también en sentido técnico.

Por razón de esta asimilación al concepto de deber, los vínculos a los que ahora aludimos resultan distinguibles, cuando menos en lo que respecta a su régimen jurídico, de los incentivos y ventajas a los que en ocasiones recurre el ordenamiento como medios para estimular el ejercicio en sentido social del derecho de propiedad.

Los deberes derivados de la función social, a diferencia de los incentivos y ventajas, constituyen un vínculo incondicionado, del cual el sujeto propietario no puede sustraerse. El obligado ya no es libre de decidir si observa o no el comportamiento que se le exige, pues, en todo caso, ha de realizarlo, debido a que la conducta contraria a la prescrita se muestra como jurídicamente ilícita.

Por consiguiente, la inmediata exigibilidad de la conducta debida parece ser la nota identificativa de los deberes sociales que el titular dominical ha de cumplir en el ejercicio de

su derecho.<sup>103</sup> En este sentido, se suele admitir que el ordenamiento jurídico acude a la imposición de deberes cuando el interés social en juego es de tal relevancia que requiere una realización absoluta e incondicionada.<sup>104</sup> Por el contrario, el recurso a los incentivos y ventajas reconducibles a modo de cargas suele utilizarse cuando la consecución del interés social no constituye una necesidad tan perentoria y, por este motivo, se permite un cierto margen de libertad de actuación al propietario.

Ahora bien, cuando la trascendencia que revista el interés social requiera la imposición de deberes en el ejercicio del derecho de propiedad, el ordenamiento jurídico, y la ley en particular, pueden rellenar el contenido de éstos bien exigiendo al propietario una abstención debida no atribuyéndole desde un primer momento determinadas facultades o impidiendo el ejercicio de las mismas en concretas circunstancias, o bien reclamando un comportamiento activo que obligue al titular dominical a ejercitar determinadas facultades constitutivas de su derecho o a utilizar los bienes que le pertenecen en un modo específico. En la primera hipótesis nos hallamos ante los denominados "deberes negativos", mientras que en la segunda de ellas nos encontramos antes los calificados como "deberes positivos".<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> La nota de la directa exigibilidad del comportamiento ha sido utilizada en ocasiones por la doctrina para diferenciar los conceptos de deber y carga. En este entendimiento, DIEZ PICAZO, LUIS. "Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística", en "Estudios de Derecho Privado". Ed. Cívitas, Madrid 1980, pag. 254. SUSTAETA ELUSTIZA, ANGEL. "Propiedad y urbanismo". Ed. Montecorvo, Madrid 1978, pag. 287.

<sup>104</sup> En esta línea, PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 118.

<sup>105</sup> La posibilidad de imponer al propietario tanto deberes negativos como positivos en el ejercicio de su derecho ha sido reconocida unánimemente por la doctrina. Entre otros, Vid. RODOTA, STEFANO. "Note critiche in tema di proprietà", antes cit. pags. 1312 y 1313. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", cit. pags. 238 y 239. IANNELLI, ANTONIO. "La proprietà costituzionale". Ed. Scientifiche Italiane. Napoli 1980, pag. 237 y en concreto nota 408. D'ANGELI, FIORELLA. "Ius aedificandi: piani regolatori generali e particolareggiati", en AA.VV. "Proprietà privata e funzione sociale". Seminario diretto dal Prof. Francesco Santoro-Passarelli, Ed. Cedam, Padova 1976, pag. 135. Posteriormente, y en la doctrina española ESCRIBANO COLLADO, PEDRO. "La propiedad privada urbana. Encuadramiento y régimen. Ed. Montecorvo, Madrid 1979,

En este último caso, se trata de lograr coactivamente que el propietario ejercite su derecho en sentido social mediante la asignación de comportamientos específicos establecidos por verdaderos vínculos positivos "de hacer".<sup>106</sup>

La justificación de la utilización de tal tipo de mecanismos puede encontrarse en el dato de que, a través de la atribución jurídica de comportamientos positivos al titular del derecho, se satisface mejor el interés social que con singulares imposiciones de abstención,<sup>107</sup> porque no se trata sólo de intentar esterilizar las conductas antisociales en las que pudiera incurrir

---

pag. 128. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", cit. pag. 64. Idem "Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral", antes cit. pag. 250. MONTES PENADES, VICENTE. "Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales", cit. pag. 185. Idem. "Comentarios al Código Civil". Vol. I. Ed. Ministerio de Justicia. Secretaria General de Publicaciones, Madrid 1991, pag. 957. Idem. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", cit. pag. 185.

<sup>106</sup> En este sentido, en la *Prelazione al re* del Código Civil italiano de 1942, donde literalmente se afirma (Rel. n. 405) "i mezzi di carattere positivo rispondono all'esigenza di stimolare l'esercizio del diritto con la prospettiva di vantaggi o di sanzioni, mettendo a profitto l'interesse e l'attività del privato proprietario quale strumento attivo dell'interese pubblico". Finalmente el Art. 832 del Código Civil italiano quedó redactado de la siguiente forma: "Il proprietario ha il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico". (El subrayado es nuestro). El citado precepto ya no habla solo de límites sino de obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico. Este dato reviste gran importancia, ya que el Art. 436 del Código italiano de 1865 (hermano gemelo del Art. 544 del Code Francés) se había referido únicamente a la posibilidad de limitar negativamente el poder del propietario, mientras que el Art. 832 articula una funcionalización del poder en sentido activo mediante la imposición de deberes positivos. Respecto los trabajos de elaboración del Código Civil italiano de 1942 BIGLIAZZI GERI, LINA. "Evoluzione ed involuzione nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 520. Con relación a la posibilidad de imponer obligaciones al propietario en el ejercicio del poder que le corresponde Vid. RODOTA, STEFANO "Note critiche in tema di proprietà", antes cit. pags. 1297 y ss. Del mismo autor, "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pags. 369 y 370. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", antes cit. pags. 220 y ss. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", cit. pag. 64. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", cit. pags. 77 y ss. Por su parte TORRALBA, VICENTE en "Lecciones de Derecho Civil", Vol. I, antes cit. pags. 318 y ss. cree que "consecuencia de la función social es que cambia el sentido de los límites del dominio. Las limitaciones ya no son simplemente negativas, como en el Siglo XIX, sino que el desarrollo de la idea de la función social va a implicar un "hacer positivo".

<sup>107</sup> Igualmente BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", cit. pag. 59.

el propietario en el ejercicio de su derecho. Antes al contrario, y ante lo insuficiente que pudiese ser la imposición de meras abstenciones debidas en orden a conseguir la efectiva realización del interés social, se exige que el titular dominical actúe el ejercicio de su derecho y lo haga de una determinada forma: en la dirección que marca el interés social de la entera colectividad.

En este sentido, se suele admitir que mediante la imposición, no sólo límites o vínculos negativos, sino auténticos deberes de "hacer", se lleva a cabo una determinación y conformación positiva (y no sólo negativa) en sentido social del contenido del derecho de propiedad.<sup>108</sup>

En el orden liberal, la titularidad de un derecho dominical comporta el otorgamiento de un poder sin más. A éste no le acompaña ningún tipo de indicación específica en orden a la modalidad de su ejercicio, el cual se deja plenamente al arbitrio del propietario. Sin embargo, en el Estado de Bienestar, la titularidad de un derecho de propiedad no conlleva únicamente la atribución de un poder, ya que junto a éste se adquieren simultáneamente un conjunto de vínculos, deberes y obligaciones que establecen las directrices y pautas de conducta conforme a las cuales ha de actuar el propietario.<sup>109</sup>

De estas consideraciones, se concluye que los límites a la propiedad privada han dejado

---

<sup>108</sup> COSTANTINO, MICHELE. "Propietarios y sujetos interesados en el uso social de los bienes", antes cit. pag. 232. COMPORTI, MARCO. "Considerazioni sulla proprietà e i suoi limiti nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio", cit. pag. 472. Idem. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", antes cit. pags. 313 y 314. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", antes cit. pag. 133. MARIN PEREZ, PASCUAL. "Derecho Civil". Vol. III. Derechos Reales y Registral. Ed. Tecnos, Madrid 1984, pag. 79.

<sup>109</sup> Dicho de una forma menos compleja pero más indicadora de lo que ahora acontece, bajo los presupuestos de solidaridad proclamados por el Estado Social contemporáneo, la propiedad comporta la atribución de un poder, pero al que ahora acompañan las instrucciones de su uso.

de situarse únicamente en la faz externa del derecho para pasar a ser normal parte integrante de su ámbito interno.<sup>110</sup> Los límites derivados del cumplimiento de la función social no actúan como elementos de compresión externa de la normalmente ilimitada libertad dominical. Por el contrario, se muestran como mecanismos que, actuando desde la esfera interna del mismo derecho, proceden a una normal determinación de aquello que el propietario puede hacer con las cosas que le pertenecen.<sup>111</sup>

Las limitaciones dominicales que se imponen por razón del interés privado con la finalidad de garantizar la coexistencia de los distintos derechos, restringen, acotan, comprimen desde el exterior el poder que corresponde al propietario. Sin embargo, los límites a la propiedad privada establecidos en virtud de la función social que ahora se asigna a ésta, atemperan, templan, modalizan, modulan, configuran desde el interior del mismo derecho el contenido del poder que se atribuye a su titular.

Su objetivo no es simplemente impedir que el titular se comporte de una determinada

---

<sup>110</sup> Coinciden en situar a los límites de la propiedad privada por razón de la función social en el interior del contenido del derecho, entre otros: ALPA, GUIDO. "Compendio del nuovo Diritto Privato". Ed. Utet, Torino 1985, pag. 320. COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 313 y 314. Idem. "Considerazioni sulla proprietà e sui diritti reali nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio", cit. pags. 472 y 473. RODOTA, STEFANO. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 380. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", antes cit. pags. 415 y 416. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", cit. pag. 87. MANRESA Y NAVARRO, JOSE MARIA. "Comentarios al Código Civil español", Tomo III, antes cit. pag. 87. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 61. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pag. 87.

<sup>111</sup> Esta idea ha sido reiterada por el Tribunal Supremo en numerosos pronunciamientos, sobre todo cuando se trata de la concreción de la función social de la propiedad privada inmobiliaria urbana. Así, destacan, entre otras las siguientes Sentencias: SSTs. 22 Junio 1980 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 2949), 16 Enero 1981 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 176), 28 Mayo 1981 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 2178), 30 Junio 1981 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 2783), 30 Septiembre 1981 (Cont-Adm) Cdo. 4º (RJA 5023), 22 Octubre 1981 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 4621), 2 Febrero 1982 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 535), 17 Septiembre 1983 (Cont-Adm) Cdo. 4º (RJA 4512).

manera, cuando ello pueda suponer un daño a terceros, sino dirigir, canalizar, encauzar, orientar, de forma ininterrumpida el ejercicio de su poder hacia objetivos de indudable trascendencia social. Es decir, no se pretende reducir su poder, sino únicamente encauzarlo hacia fines de interés social mediante su temperamento y flexibilización en su funcionamiento.<sup>112</sup>

En este entendimiento, las limitaciones por razón del interés social no privan necesariamente de alguna facultad propia, si bien exigen que el titular del derecho de propiedad asuma un comportamiento activo, ejercite sus facultades, y además lo haga en una determinada forma: aquella que resulte más conveniente para lograr la realización del interés social de la colectividad. Se entiende que, para conseguir este objetivo, basta con modular y atemperar los poderes dominicales desde su interior, sin que sea imprescindible proceder a una restricción extrínseca de su ámbito de actuación.

Si se admite que los límites derivados de la función social constituyen una parte integrante del contenido del derecho de propiedad, ya no resulta posible seguir considerándolos como aisladas excepciones al poder del propietario. Este ha dejado de ser tendencialmente ilimitado para aparecer como normalmente limitable por razón de las exigencias sociales de la colectividad.

En consecuencia, la regla "poder salvo limitaciones", que regía en la concepción liberal de la propiedad, se ha modificado, debido a que la posibilidad de imponer límites al actuar del propietario ha dejado de ser una excepción para transformarse en un principio

---

<sup>112</sup> ROUAST, ANDRE. "L'évolution du droit de propriété", en MAZEAUD, HENRI/LEON/JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", Parte II, Vol. IV, antes cit. pag. 27.

normal.<sup>113</sup>

Sin embargo, el hecho de que se haya producido la mentada modificación no significa que la citada regla haya de ser interpretada invirtiendo su sentido. Aunque es cierto que los límites a la propiedad privada han dejado de aparecer como excepcionales para pasar a integrar ahora el ámbito de la normalidad, no es menos cierto que la libertad que corresponde al propietario no puede ser relegada a la categoría de excepción, ya que permanece todavía en el marco de aquello que se considera normal.

Deviene, por tanto, inadmisibile proceder a un simple cambio de posición de las palabras que componen la regla "poder salvo limitaciones", leyéndola en sentido contrario como "limitaciones salvo poder". La modificación a la que nos referimos no significa que aquello que anteriormente era normal (libre ejercicio de la propiedad privada) se haya transformado en excepcional. Y viceversa, que aquello que era excepcional (limitaciones al poder del propietario) se haya convertido en normal. No se ha llevado a cabo un intercambio recíproco entre los elementos que forman parte del derecho normal y los elementos que integran el derecho excepcional.

Simplemente se ha producido la supresión de la excepcionalidad, porque ahora se comprenden dentro de la normalidad los límites dominicales que anteriormente no tenían cabida en ella, por encuadrarse dentro de aquello que se consideraba excepcional.

Lo que verdaderamente acontece es que el ejercicio del poder que se concede al propietario se ve normalmente modalizado y atemperado por la introducción en su seno de límites que pretenden dirigir y orientar su acción hacia la consecución de fines de interés

---

<sup>113</sup> Vid. MONTES PENADES, VICENTE. "Comentarios al Código Civil", antes cit. pag. 951.

social.

## II. DE DERECHO EXCLUYENTE Y EXCLUSIVO A DERECHO SOCIALMENTE COMPARTIDO.

La propiedad liberal aparece como un derecho excluyente y exclusivo debido, entre otros factores, a la posición que el individuo ocupa en la estructura social.<sup>114</sup>

Durante la vigencia del orden liberal, el individuo aparece como una mónada aislada de la comunidad. La sociedad se muestra como un ámbito natural que surge espontáneamente de la mera agregación de los sujetos individuales.

Las teorías científicas atomistas sirvieron de base para proceder a la explicación del hecho social. El individuo es un átomo separado del contexto social y un ser autosuficiente que no se relaciona, ni necesita relacionarse con los demás. Individuo y sociedad son, por lo tanto, dos realidades antitéticas que circulan por derroteros distintos.

Esta manera de entender la posición que el individuo ocupa en la sociedad, repercute

---

<sup>114</sup> El carácter exclusivo y excluyente del derecho de propiedad se reconoce expresamente en el pgf. 903 del BGB. alemán, que otorga al propietario el derecho de sustraer los bienes de su propiedad a la acción de los demás. El citado precepto dispone literalmente "*Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten*". Es decir, "el propietario de una cosa puede, en cuanto no se oponga a la ley o a los derechos de un tercero, proceder con ella a su arbitrio y sustraerla de la acción de los demás". Esta idea aparece subrayada, entre otros; por POZZO, BARBARA; "Eigentum" en AA.VV. "Property, Propriété, Proprietà". Corso di Diritto Comparato raccolti da Guido Alpa. Ed. Cedam, Milano 1992. pag 327. WOLFF MARTIN; "Tratado de Derecho Civil", antes cit. pag. 291. HATTENHAUER, HANS. "Conceptos fundamentales del Derecho Civil", antes cit. pag. 118. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo", cit. pag. 75. Idem "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", antes cit. pag. 159.



directamente en la doctrina jurídica de la propiedad que se asume a finales del Siglo XVIII y principios del XIX.<sup>115</sup>

Como consecuencia de la incomunicación del individuo con el entramado social, el propietario se encuentra completamente solo frente a los bienes que le pertenecen. Por este motivo, se entiende que el ejercicio del derecho de propiedad repercute única y exclusivamente sobre su titular, no derivándose ningún tipo de efecto o consecuencia para las restantes personas.

En este entendimiento, el orden liberal centra su atención en la consideración de la propiedad privada como una relación unívoca hombre-cosa, sujeto-objeto,<sup>116</sup> ignorándose totalmente su aspecto intersubjetivo, es decir, las posibles relaciones sociales que se pueden derivar del ejercicio de las facultades dominicales y las repercusiones que éste puede tener sobre terceras personas distintas del propietario.

En la relación unívoca hombre-cosa que representa el derecho de propiedad, todo

---

<sup>115</sup> En este contexto admite ATIAS que "la formación de la noción jurídica de propiedad está directamente influenciada por las concepciones sucesivas de la situación del hombre frente al mundo". Vid. ATIAS, CHRISTIAN. "Les biens", antes cit. pag. 60. Esta idea aparece también desarrollada por IRTI ("Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", cit. pags. 37 y 38.) cuando afirma que "la índole de la relación entre el individuo y la sociedad condiciona la doctrina jurídica de la propiedad".

<sup>116</sup> Debido a la recepción de la influencia jurídica del mundo romano, el orden liberal configura a la propiedad como una relación del hombre con las cosas. El Code concibe a la propiedad privada esencialmente como una relación del titular del derecho con las cosas que le pertenecen. De esta manera, aparece en primer término la relación con las cosas. En torno a la consideración de la propiedad privada como una relación hombre-cosa, Vid. ZENATI, FREDERIC. "Pour une rénovation de la théorie de la propriété", antes cit. pags. 307 a 310. PERLINGIERI, PIETRO. "Profili istituzionali del Diritto Civile". Seconda Edizione riveduta e aggiornata. Edizioni Scientifiche Italiane, 1979, pag. 263 y 264. CANTELMO, VINCENZO ERNESTO. "Strutture e forme della proprietà: l'aspetto agricolo", cit. pags. 12 y ss. PESET ROIG, MARIANO. "Dos ensayos sobre la propiedad de la tierra", antes cit. pag. 130. Más recientemente, RIVERO HERNANDEZ, FRANCISCO. "Idea general de la propiedad en la etapa precodicial" en AA.VV. "Centenario del Código Civil". Tomo II. APDC. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990, pag. 1753.

interés de su titular queda tutelado, y toda conducta que éste lleve a cabo en su realización se entiende legítima.<sup>117</sup> En este ámbito relacional, el interés del dueño se desarrolla plenamente sin encontrar trabas o limitaciones, garantizándose su prevalencia absoluta e incondicionada sobre cualquier otro tipo de interés que pueda concurrir en la mencionada relación.

Los intereses que terceras personas puedan tener sobre los bienes que pertenecen a otro son totalmente ignorados y no tomados en consideración, en tanto que se conciben como absolutamente inferiores al interés del propietario, cuya efectiva realización constituye ahora el objetivo primordial.

Con esta finalidad de garantizar la plena realización del interés del dueño, el ordenamiento liberal otorga a éste el monopolio sobre la totalidad de las utilidades que se puedan extraer de las cosas que le pertenecen. El titular dominical es el único legitimado para usar, gozar y disponer de los bienes que constituyen el objeto de su derecho.<sup>118</sup> Por la propiedad, las ventajas de un bien son reservadas exclusivamente a la única persona del propietario.

Esta exclusividad del propietario ha de ser necesariamente consentida por los demás. Normalmente, los terceros no pueden pretender obtener algún provecho o detentar algún poder de uso o disposición sobre las cosas que no les pertenecen. Con ello se pretende dotar a aquél de plena tranquilidad en el uso y disfrute, quedando, de esta forma, a salvo de toda

---

<sup>117</sup> COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 69. DIEZ-PICAZO, LUIS. "Límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística", cit. pag. 256.

<sup>118</sup> BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit. pag. 58. ATIAS, CHRISTIAN. "Les biens", cit. pag. 80. MAZEAUD, HENRI/LEON/JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", Parte 2ª, Vol. IV, antes cit. pag. 34. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pag. 73 nota. 104.

perturbación y sustracción que provenga, o bien del Estado, o bien de cualquier otro ciudadano.

El ordenamiento jurídico liberal proporciona al titular de un derecho de propiedad los medios necesarios para asegurar la no intromisión de terceros en el ejercicio de sus facultades de goce y disposición.

En este sentido, los demás ciudadanos tienen el deber de respetar las decisiones del titular dominical sobre los bienes que son objeto de su derecho. De ahí que se clasifique no sólo de ilegal, sino también de inmoral, el tratar de coartar su libertad de elección o privarle de ella por la fuerza, amenaza o coacción.<sup>119</sup>

La propiedad liberal gravita principalmente sobre el derecho de exclusión del propietario y el deber general de abstención de los terceros, reproduciendo, de este modo, la estructura propietario-derecho, omnes-deber.<sup>120</sup>

No obstante, y además de la protección conferida frente a los potenciales ataques que pudiesen provenir de otros particulares, el carácter exclusivo de la relación que une al sujeto y objeto de un específico derecho de propiedad, se encuentra igualmente garantizado frente

---

<sup>119</sup> Vid. LEPAGE, HENRI. "¿Por qué la propiedad?", antes cit. pag. 34. Dice tal autor que la propiedad es un derecho absoluto del que "se protege la libre elección de quien tiene tal derecho, contra toda interferencia de cualquier otro que no sea voluntariamente aceptada o solicitada por él."

<sup>120</sup> Tal y como resalta DE VITA, ANNA. "Intervención en el Congreso de Camerino", actas de las sesiones publicadas bajo el título "Crisi dello Stato Sociale e contenuto minimo della proprietà". Atti del Convegno. Camerino 27-28 Maggio 1982. Ed. Università degli Studi di Camerino, Napoli 1983, pags. 170 y 171. Entre nosotros, ultimamente HERNANDEZ-GIL Y ALVAREZ CIENFUEGOS, ANTONIO. "La propiedad en el ordenamiento constitucional". Ponencia presentada al Plan de Formación del Consejo General del Poder Judicial. Madrid 11, 12 y 13 de Abril de 1994, pag. 12 del original mecanografiado.

a cualquier intervención o mediación estatal que se pretenda llevar a cabo sobre la misma.

Como ya ha sido puesto de relieve, al Estado liberal sólo le corresponde un papel de vigilante nocturno, debiendo únicamente intervenir para corregir las disfunciones que puedan producirse en este sistema autorregulado.

En este ámbito, la propiedad representa una esfera individual, en la que el Poder político no tiene reconocida la facultad de ingerencia directa.

Por consiguiente, el derecho de propiedad se concibe como un ámbito de libertad del individuo frente al Estado, donde los fines particulares del individuo prevalecen frente a los intereses generales de la sociedad política.

En definitiva, el derecho de propiedad liberal representa normalmente un espacio jurídico vacío<sup>121</sup> en donde se entabla una relación excluyente y exclusiva, directa e inmediata<sup>122</sup> entre su titular y los bienes que le corresponden, por no consentirse en la misma la intromisión de terceros, ya sean individuos o el Estado. Este radical exclusivismo no tarda en generar graves inconvenientes tanto en el orden jurídico, como en el social.

---

<sup>121</sup> En la fórmula "espacio jurídico vacío" se aprecia una evidente contradicción; o el espacio está vacío y entonces no es jurídico, o bien es jurídico y por lo tanto, no está vacío. El aparente carácter contradictorio de la citada expresión se salva acudiendo al análisis de su más profundo sentido. Quizás con la fórmula "espacio jurídico vacío" se quiere designar un ámbito en donde se desarrolla plenamente la libertad y el individuo puede ejercitar los derechos que le corresponden sin que existan trabas o limitaciones que coarten sus posibilidades de actuación. Respecto a las tesis en torno a la expresión "espacio jurídico vacío" véase IRTI, NATALINO. "Società civile", cit. pag. 111.

<sup>122</sup> Si el propietario tiene la exclusiva sobre la totalidad de las ventajas que se puedan obtener de los bienes que le pertenecen, y si se encuentra absolutamente sólo frente a ellos por atribuírsele jurídicamente los medios necesarios para hacer valer su exclusividad, se deduce que el titular dominical ejerce de manera directa e inmediata las facultades y poderes que le corresponden sobre sus bienes. Sobre este tema, Vid. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral", antes cit. pag. 231. BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", cit. pag. 58.

De nuevo, lo que acontecía en la práctica se distanciaba, e incluso se oponía, a los resultados que dogmáticamente se pretendían obtener con la atribución al dominio de un carácter excluyente y exclusivo.

Al igual que su carácter absoluto, la calificación de la propiedad como un derecho exclusivo y excluyente obedece a la intención de erradicar todo vestigio del Antiguo Régimen, mediante la acumulación en una misma persona de la totalidad de facultades y poderes que se puedan tener sobre una cosa.<sup>123</sup> A estos efectos, no se estima viable compartir con terceros las facultades que constituyen el contenido del dominical, tal y como había sucedido en la época feudal respecto el caso de los nobles, aristócratas y el clero.

No obstante, esta teórica misión que habrían de cumplir los calificativos "exclusivo y excluyente" fue totalmente desvirtuada en la práctica.

Al acentuarse excesivamente la nota de la exclusividad, la propiedad privada se convirtió en una fuente de autoridad utilizada por las clases detentadoras de la riqueza como útil instrumento para someter a su poder a aquellos que nada poseían. Así, la propiedad nacida como liberación del individuo del privilegio feudal, se traduce en exclusividad, esto es en un nuevo privilegio,<sup>124</sup> quedando reducida a una dimensión individualista en la que

---

<sup>123</sup> Esta identificación en la finalidad con que fueron acuñados por el liberalismo los caracteres absoluto y exclusivo de la propiedad privada ha sido también puesta de manifiesto por ANNE MARIE PATAULT ("Introduction historique au droit des biens", cit. pags. 142, 216 a 218.). En resumidas cuentas, la citada autora francesa estima que "si explicamos el absolutismo como una reacción liberal contra el orden feudal, también se debe hacer así respecto del carácter exclusivo. Ambos caracteres van muy unidos en el Siglo XIX, en tanto que medios indispensables para lograr el objetivo principal: la libre disposición de los bienes. De cualquier forma, según DEMOLOMBE, exclusivismo y absolutismo son dos caracteres que se confunden en la propiedad liberal".

<sup>124</sup> LUCARELLI, FRANCESCO. "Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici", cit. pag. 11.

prima el egoísmo apropiativo.<sup>125</sup>

La consideración de la propiedad privada como un derecho excluyente y exclusivo, legitima a su titular para lograr, por todos los medios a su alcance, la satisfacción plena de su interés, aún a costa y con el sacrificio del interés que terceras personas puedan haber sobre el bien objeto de dominio. Esta situación induce a que el propietario se preocupe más intensamente por evitar que los demás gocen o dispongan de los bienes que le pertenecen, que en gozar o disponer él mismo de las cosas que son suyas.

En suma, esta manera egoística de conformar la propiedad privada supondría un evidente peligro de transformarla en un mero "derecho de exclusión" vacío de contenido.<sup>126</sup> Ya advertía MARTIN WOLFF que "el que sólo ve la esencia de la propiedad en la facultad de exclusión dirigida contra los demás sujetos de derecho, se priva de la posibilidad de comprender el contenido positivo del derecho que es característico de la propiedad".<sup>127</sup>

Por estas y otras razones llega un momento, que coincide con el ocaso del Siglo XIX, en el que se considera imprescindible templar y atemperar el carácter exclusivo y excluyente

---

<sup>125</sup> En este punto específico el sociólogo italiano ANDREA BIXIO llega a idénticas consecuencias cuando procede al examen de la posición que el individuo ocupa en la sociedad liberal. Aunque el fenómeno de la crisis de la concepción liberal del entramado social y el cambio de la posición que ocupa el individuo en el mismo serán inmediatamente analizados, estimamos ahora conveniente reproducir algunas consideraciones que BIXIO efectúa respecto a las negativas consecuencias egoísticas y particularmente individualistas a las que conduce el sistema social liberal. Así dice literalmente "las teorías que presuponen la centralidad del individuo, se encuentran en una situación contradictoria. Aquellos que subrayan la importancia de la particularidad del individuo [...] acaban por ver disuelto aquel valor o en el egoísmo imputado a aquel tipo de sujeto o en el atomismo que finaliza por constituir la verdadera derrota, la desencantada visión del fin del individuo". Vid. BIXIO, ANDREA. "Proprietà e appropriazione. Individuo e sovranità nella dinamica dei rapporti sociali". Ed. Giuffrè, Milano 1988, pag. 160. Similares referencias y en contraposición con lo que el autor denomina "teorías comunistas" se hallan en las pags. 1 a 4. de la misma obra.

<sup>126</sup> HATTENHAUER, HANS. "Conceptos fundamentales del Derecho Civil". antes cit. pag. 118.

<sup>127</sup> WOLFF, MARTIN. "Derecho de cosas". Vol. I, antes cit. pag. 326.

que se atribuye a la propiedad liberal. A esta templanza contribuye muy intensamente el replanteamiento dogmático de las teorías que explican la estructura social y la posición que en la misma ocupa el individuo.

A inicios del presente Siglo se comienza a difundir una suerte de *horreur du droit naturel*<sup>128</sup> que facilita la expansión de las nuevas tendencias del socialismo jurídico. Desde esta nueva perspectiva, se intenta una superación de los viejos esquemas conforme a los cuales se había explicado la relación entre el individuo y la sociedad.

El propio transcurso del tiempo demostró que las tesis iusnaturalistas pecaban de un excesivo dogmatismo utópico que impedía que aquello que se postulaba a nivel teórico-formal encontrase efectiva realización en el plano práctico.

La realidad constataba que el hombre es un ser social por naturaleza que para desarrollarse plenamente necesita relacionarse con los demás. El individuo no es un minúsculo átomo aislado de la sociedad, sino una célula integrante de un complejo tejido social. El ser individual no se encuentra solo en el mundo, sino totalmente sumergido en la vida social que se desarrolla en la comunidad.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> Se trata de una expresión utilizada por GENY "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif", II, 2ª Ed. Paris, 1954, pag. 33. Citado por IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", antecit. pag. 38.

<sup>129</sup> Estas ideas fueron una de las principales armas con las que el socialismo jurídico inició su lucha contra el iusnaturalismo y las concepciones teóricas del orden liberal. Así, un ejemplo muy representativo de las corrientes doctrinales que discurrían a principios del presente Siglo es el pensamiento de LEON DUGUIT. Para este iuspublicista francés la concepción individualista es insostenible. "Esta idea del hombre natural, dice DUGUIT, aislado, independiente, [...] es una idea extraña por completo a la realidad. El hombre aislado e independiente es una pura ficción, no ha existido jamás. El hombre es un ser social; no puede vivir más que en sociedad; ha vivido siempre en sociedad". Más ampliamente, Vid. DUGUIT, LEON. "Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón", Ed. Edeval. Trad. de Carlos Posada. Valparaíso (Chile), 1987, pag. 31. Igualmente y del mismo autor "Las transformaciones del Derecho Público y Privado",

La nueva posición que ocupa el individuo en la sociedad repercute inmediatamente en la configuración jurídica dominical.

Si el individuo ya no está aislado del contexto social, es obvio que ya no resulta admisible mantener que la propiedad representa un espacio jurídico vacío, en donde el propietario se encuentre totalmente solo frente a los bienes que le pertenecen.<sup>130</sup>

El Derecho no cumple la función puramente pasiva de extender en torno al individuo-propietario un cordón de seguridad que le deje aislado totalmente del mundo exterior. Por el contrario, su misión ha de ser ahora la de crear un inescindible ligamen de cooperación entre aquél (individuo-propietario) y el grupo social.

Por causa de la integración del individuo en la comunidad, así como por la complejidad que tras la industrialización adquiere la vida social, la consideración de la propiedad desde el punto de vista único de la relación entre sujeto y objeto, entre hombre y cosa, deviene insostenible y debe ser contemplada ahora como un vínculo intersubjetivo que transcurre entre distintos individuos respecto la utilización de un bien específico y determinado.<sup>131</sup>

La configuración de la propiedad privada como una relación unívoca entre el sujeto

---

Ed. Heliasta. Trad. de Adolfo Posada, Ramón Jaen y Carlos Posada. Buenos Aires 1975, pag. 178.

<sup>130</sup> Por consiguiente, en este punto se pone de manifiesto que la identificación de la fórmula "espacio jurídico vacío" con un ámbito en el que el propietario se mueve con plena y absoluta libertad tampoco resulta adecuada. Como nos enseña IRTI, "la esfera de lo irrelevante es la esfera de lo indecible jurídico, donde no hay libertad o derecho subjetivo u obligación, y para lo cual nada puede predicarse o declararse. La libertad no es irrelevante ni el vacío, ya que ella postula y es propiamente un haz de obligaciones de abstención, establecidas a cargo de los otros consociados. Vid. IRTI, NATALINO. "Società civile", antes cit. pag. 111.

<sup>131</sup> CANTELMO, VINCENZO ERNESTO. "Strutture e forme della proprietà: l'aspetto agricolo", antes cit. pag. 13. El mérito de esta idea es atribuido a KANT por REY MARTINEZ en "La propiedad privada en la Constitución española", cit. pags. XXIII y 215.



propietario y los bienes que le pertenecen sólo podrá ser mantenida en una situación artificial en la que el hombre se encuentre totalmente solo y aislado. Se trataría del caso especialmente descriptivo propuesto por MICHELE COSTANTINO: La fórmula según la cual la propiedad consiste en una relación entre el sujeto y las cosas es idónea para dar razón solamente de aquello que sucede antes de que llegue Viernes a la isla desierta en la que vive Robinson, esto es, no sirve de nada.<sup>132</sup>

En esta misma línea argumentativa, entendemos que la propiedad sólo puede ser concebida como una relación unívoca entre sujeto y objeto, cuando se entienda que ésta representa únicamente el derecho a obtener en exclusiva cuantas utilidades puedan ser extraídas de una cosa.

Sin embargo, al carácter exclusivo le sigue necesariamente el carácter excluyente. Una vez que se reconoce que un bien específico pertenece a un sujeto determinado, en principio las restantes personas se ven excluidas de utilizar o disponer del bien que se ha atribuido a otro en propiedad.

En la práctica, la propiedad no sería un derecho exclusivo si no fuese a la vez excluyente. Difícilmente el propietario podría tener la exclusividad de la totalidad de las ventajas y utilidades de la cosa que le pertenece, si no se le reconociese simultáneamente la posibilidad de impedir a los demás que obtengan provecho alguno de la misma.<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> Vid. COSTANTINO, MICHELE. "Intervención en el Congreso de Camerino", actas de sus sesiones publicadas bajo el título "Crisi dello Stato Sociale e contenuto minimo della proprietà". Atti del Convegno. Camerino 27-28 Maggio 1982. Ed. Università degli Studi di Camerino. Napoli 1983, pag. 54. En nuestra doctrina el gráfico ejemplo del citado autor italiano ha sido retomado por REY MARTINEZ, FERNANDO. Op. antes cit. pag. 215, en concreto nota 43.

<sup>133</sup> Durante largo tiempo se ha insitado en reiterar que el carácter exclusivo de la propiedad privada supone que el propietario es la única persona que obtiene la totalidad de utilidades que se detraen de la cosa que le pertenece. Sin embargo, se ha ignorado que ello necesariamente conlleva que las

Precisamente, cuando el titular dominical impide que terceros usen o disfruten del bien que le pertenece, se aprecia con mucha mayor claridad la inidoneidad de la consideración de la propiedad privada únicamente como una relación que se entabla entre el sujeto propietario y el bien objeto de su derecho. Por el contrario, en estos supuestos, la propiedad se muestra como una relación intersubjetiva que se desarrolla entre un sujeto que, por tener la cualidad de propietario, puede gozar, disponer y utilizar el bien de que se trate y todos los restantes individuos, que por carecer de la citada cualidad no están legitimados para utilizar la cosa objeto de propiedad.

Este hecho explica el progresivo abandono de la teoría clásica del derecho real que identificaba a éste con una relación directa e inmediata hombre-cosa, para pasar a defenderse su configuración como una relación intersubjetiva entre el titular del derecho real y los sujetos de la obligación pasiva universal. Tesis ésta que defendía la teoría personalista u obligacionista que encontraba en PLANIOL su máximo exponente.<sup>134</sup>

Todas estas razones constatan la necesidad de reinterpretar el sentido que se otorga al carácter exclusivo de la propiedad privada, para considerarlo ahora como título de

---

restantes personas que no sean propietarios de ese determinado bien no estarán legitimadas para obtener ningún tipo de utilidad o beneficio, salvo cuando así lo disponga la voluntad del propietario. En este sentido estima GAMBARO que "la propiedad entonces ya no se define en base al poder que tiene el propietario de utilizar la cosa en la manera que le plazca, ya que hoy en día existen límites que se lo impiden, sino que se define en base a la posibilidad de excluir a los terceros del goce sin dar ninguna explicación". Sobre este último particular GAMBARO, ANTONIO. "La proprietà. Beni, proprietà, comunione". Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Giudica e Paolo Zatti. Ed. Giuffrè, Milano 1990, pag. 97.

<sup>134</sup> Para una mayor profundización en la evolución que transcurre desde la teoría clásica del derecho real hasta la teoría personalista u obligacionista defendida por PLANIOL. Vid. PENA LOPEZ, JOSE MARIA. "Precisiones sobre la configuración del derecho real en la doctrina moderna", antes cit. pags. 57 y ss.

legitimación frente a los restantes individuos.<sup>135</sup>

Tener un derecho dominical es tanto como poner a su titular en condiciones de utilizar sus bienes en relación con las demás personas, que carecen de la condición de propietario.<sup>136</sup> Por lo tanto, la propiedad privada produce efectos jurídicos externos que se proyectan más allá de la esfera de goce y disposición que ésta representa, y que consisten en la privación de utilización del bien reservado en propiedad para los no propietarios de ese bien.

De las consideraciones realizadas y, en concreto, del fin del aislamiento del individuo propugando por el pensamiento liberal, podemos concluir que el ejercicio de las facultades que integran su derecho no repercuten únicamente en su persona, sino que sus consecuencias alcanzan también a sujetos que no participan directa o indirectamente en la situación propietaria.

Debido a esta causa, se comienza a resaltar la incidencia que, sobre el bien objeto de dominio, adquieren intereses diferentes de aquellos que pertenecen al propietario.<sup>137</sup> Además del interés de este último, en el ejercicio del derecho de propiedad, habrá de ser tenido en cuenta el interés de terceras personas que puedan resultar afectadas por el mismo.

Desde el momento en que el ordenamiento jurídico tutela la realización de intereses distintos a los que pertenecen al propietario, se opera una templanza de la radical exclusividad

---

<sup>135</sup> CANTELMO, VINCENZO ERNESTO. "Strutture e forma della proprietà: l'aspetto agricolo", antes cit. pag. 15.

<sup>136</sup> Ibidem Supra. pag. 23.

<sup>137</sup> COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione del diritto di proprietà", antes cit. pag. 70. DIEZ-PICAZO, LUIS. "Límites al derecho de propiedad en la legislación urbanística", cit. pag. 256.

que el orden liberal predicaba del dominio. Templanza que comienza a ser activada mediante la imposición al dueño del deber de consentir ciertas intromisiones que responden a necesidades naturales o sociales y que garantizan la armoniosa coexistencia de los diversos derechos de propiedad.

La mayor parte de esas intromisiones tienen lugar en el marco de las denominadas las relaciones de vecindad. En base al mantenimiento de unas buenas relaciones de vecindad, el titular de un derecho de propiedad sobre un terreno, debe de soportar la caída de las aguas que descendan naturalmente y sin obra del hombre de los predios anteriores (Art. 552 Cc.), debe permitir que el propietario de un enjambre de abejas lo persiga en su finca (Art. 612 Cc.), ha de consentir también el paso de aquellos propietarios de heredades vecinas sin acceso a camino público (Art. 564 Cc.), así como el paso de materiales o la colocación de andamios u otros objetos que sean indispensables para construir o reparar algún edificio (Art. 569 Cc.).

Sin embargo, el propietario no se encuentra obligado únicamente a soportar determinadas inmisiones de sus vecinos, sino también a realizar ciertas conductas en el beneficio de aquéllos. Así, el titular de un derecho de propiedad sobre un edificio está obligado a construir sus tejados o cubierta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo (Art. 586 Cc.), el dueño de los árboles cuyas ramas se extiendan sobre una heredad o fundo ajeno tiene la obligación de cortarlas cuando así le sea reclamado por el propietario del fundo o heredad (Art. 592 Cc.); el propietario de una pared o columna o cualquiera otra construcción que amenazase ruina está obligado a su demolición o a efectuar las obras necesarias para evitar su caída (Art. 389 Cc.).

Finalmente, el titular dominical ha de abstenerse de llevar a cabo ciertos comportamientos que se estiman dañinos para el mantenimiento de las buenas relaciones de

vecindad. Continuando con los ejemplos que nos facilita el Código Civil, todo propietario está obligado a abstenerse de edificar construcciones o realizar plantaciones que no respeten las distancias intermedias establecidas por el Código (Arts. 589-591).<sup>138</sup>

En estos supuestos específicos, el interés exclusivo y excluyente del propietario sobre el bien objeto de dominio ha de ceder para permitir la realización de otros intereses, que aunque distintos de los que le corresponden, son igualmente considerados legítimos y, por este motivo, jurídicamente tutelados.

Nuestro ordenamiento articula la protección jurídica de intereses y situaciones

---

<sup>138</sup> Por su parte, las leyes especiales civiles, también recogen preceptos que salvaguardan las relaciones de vecindad: En virtud del párrafo 3º del Art. 7 de la Ley de Propiedad Horizontal 49/1960 de 21 de Julio (BOE núm. 176 de 23 de Julio) al propietario y al ocupante del piso se les está prohibido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres. Intimamente relacionado con este aspecto hay que tener en cuenta el Decreto 2414/1961 de 30 de Noviembre (BOE núm. 292 del 7 de Diciembre de 1961) por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y sus normas complementarias: Orden 15 de Marzo 1963 (BOE núm. 79 de 2 de Abril de 1963) e Instrucción de 30 de Noviembre de 1961. En esta misma línea el Art. 27.2e) Ley de 24 de Noviembre sobre Arrendamientos Urbanos (BOE. 25 Noviembre, núm. 282) contempla como causa de resolución del contrato de arrendamiento el hecho de que en el interior de la vivienda o local de negocio tengan lugar actividades que resulten inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres. Por su parte, la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1/1973 de 1 de Marzo. BOE núms. 57 a 63 de los días 7 a 10 y 12 a 14 de Marzo de 1973) dispone en su Ley 367a) que los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgos a sus vecinos ni más incomodidades que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, el uso del lugar y la equidad. Asimismo, la Compilación del Derecho Civil de Aragón, aprobada por Ley 15/1967 de 8 de Abril (BOE núm. 86 de 11 de Abril de 1967) dedica en el Título I de su Libro III (Derecho de bienes) los Arts. 143 y 144 a la regulación de las relaciones de vecindad. Para un estudio más amplio sobre la doctrina de las relaciones de vecindad Vid. ALONSO PEREZ, MARIANO. "Las relaciones de vecindad". Anuario de Derecho Civil, 1983 Tomo 36 I, Abril-Junio, pags. 357 y ss. Idem. "La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas", AC. núm. 22 1994. COSTANTINO, MICHELE. "Propietarios y sujetos interesados en el uso social de los bienes", antes cit. pags. 268 a 281. BONFANTE, PIETRO. "Las relaciones de vecindad". Trad. de Alfonso García Valdecasas. Ed. Reus, Madrid 1932, pags 17 y ss. ROTONDI, MARIO. "Instituciones de Derecho Privado", Ed. Labor, Barcelona 1953, pags. 239 y ss. BRANCA, GIUSEPPE. "Instituciones de Derecho Privado", antes cit. pags. 178 y ss. MESSINEO, FRANCESCO. "Derecho Civil y Comercial", antes cit. pags. 272 y ss. DI RUGGIERO, ROBERTO. "Instituciones de Derecho Civil", Tomo I, antes cit. pags. 544 y ss. BARASSI, LODOVICO. "Propiedad e compropiedad", antes cit. pags. 646 y ss.

subjetivas extradominicales acudiendo, según el supuesto concreto de que se trate, a la utilización de distintas medidas.

Así, esta garantía unas veces se lleva a cabo acudiendo a mecanismos jurídicos amplios y generales, como es la indemnización de los daños y perjuicios causados debido a la realización de un acto ilícito por parte del propietario. En este marco, se circunscribe y ubica la prohibición de los actos emulativos y el abuso del derecho (art. 7.2 Cc).

En otros casos, para tutelar intereses y situaciones jurídicas subjetivas extrapropietarias no se recurre a generales instituciones jurídico-privadas, sino a normas jurídicas específicas.

Durante las últimas décadas, la actividad legislativa se había caracterizado por su tendencia a la creación de disposiciones normativas, cuya finalidad era la tutela de intereses o situaciones subjetivas extradominicales. Un ejemplo paradigmático lo constituyen las normas jurídicas en materia de arrendamientos. La prolongación de una situación de postguerra, la falta de desarrollo económico y la subsiguiente escasez de viviendas, justificaron la aparición de toda una serie de medidas legislativas arrendaticias que pretendían proteger jurídicamente el interés de un arrendatario pobre y débil, frente a un fuerte propietario arrendador.<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> Así pues, en beneficio del interés del arrendatario se establecen normas como el párrafo 3º del Art. 1544 del Cc. que fija la obligación del propietario o arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato. Igualmente, el arrendador no puede variar la forma de la cosa arrendada (Art. 1557 Cc.), ya que si ello fuese posible iría en detrimento del interés que pudiese tener el arrendatario en la particular forma que ésta revestía al inicio de la relación contractual, cuando fuese un elemento importante que le convenciese para cerrar el contrato de arrendamiento. Por su parte, para defender el interés del arrendatario la ya derogada LAU de 24 de Diciembre de 1964 aprobada por Decreto 4104/1964 (BOE. núm. 312 de 29 de Diciembre), distanciándose del principio "venta quita renta" del Art. 1571 Cc., no parecía establecer ninguna norma expresa en este sentido cuando se regulaban las causas de resolución y suspensión de los contratos en los Arts. 114 y ss. En esta misma línea protectora, la LAU de 1964 facultaba al arrendatario para resolver el contrato antes del tiempo pactado siempre que concurriesen las causas establecidas en el Art. 115 de la citada Ley. Asimismo art. 27.3 LAU 29/1994 de 24 de Noviembre. La figura estrella de la protección del interés del arrendatario en la LAU de 1964 era el mecanismo

No obstante, si bien es cierto que los intereses de personas ajenas a la relación jurídica propietaria han de ser protegidos, esta protección no ha de ser tal que impida totalmente al propietario hacer uso del derecho que le corresponde. La excesiva tutela jurídica de intereses subjetivos extrapropietarios constituiría una pesada carga o gravamen que dificultaría enormemente al titular dominical el ejercicio de sus facultades.

A este respecto, la doctrina no ha tardado en dar la voz de alarma, advirtiendo que otorgar una tutela excesiva a intereses subjetivos que colisionan con la propiedad supone un alto riesgo de retorno a una situación jurídica similar a la vigente en el Antiguo Régimen, en donde la propiedad estaría diversificada en torno a múltiples titularidades y sometida a pesadas cargas, gravámenes y vínculos.<sup>140</sup>

Ante situaciones como la de congelación de rentas en los arrendamientos a causa de la casi imposibilidad práctica de lograr una adecuada actualización de las mismas a los precios del mercado y también ante las dificultades de desalojar al individuo arrendatario debido al mecanismo de la prórroga forzosa y de la inherencia del derecho a la cosa, es legítimo

---

de la prórroga forzosa que se recogía en el Art. 57. La protección del interés del arrendatario se manifestaba en el hecho de que la prórroga era potestativa y voluntaria para él, mientras que revestía carácter obligatorio para el arrendador. En esta misma línea se otorgan al arrendatario en el Art. 25 LAU 29/1994 los derechos de tanteo y retracto. Igualmente para el arrendatario rústico en los Arts. 84 y ss de la LAR 83/1980 de 3 de Diciembre (BOE núm. 26 de 30 de Enero de 1981). La protección del interés que el arrendatario pueda tener en la adquisición en propiedad del inmueble arrendado queda patente cuando el Art. 254 de la LAU 29/1994 concede preferencia a los derechos de tanteo y retracto que le corresponde sobre cualquier otro derecho similar. Se garantiza de la misma manera el interés del arrendatario de predios rústicos cuando los Arts. 44 a 46 de la LAR contemplan la posibilidad de una reducción o exoneración de la renta para aquellos supuestos en que por caso fortuito o fuerza mayor y trantándose de riesgos ordinariamente no asegurables, se perdiera antes de terminar todas las operaciones de recolección más de la mitad de los productos que ordinariamente produzca la finca.

<sup>140</sup> En concreto, MAZEAUD se ha referido al peligro que constituye una posible vuelta a la diversificación del dominio a modo de la Edad Media. MAZEAUD, HENRI/LEON/JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", Vol. IV, Parte 2ª, antes cit. pag. 19.

preguntarse si el contrato de arrendamiento ha dejado de ser tal para transformarse en un auténtico derecho real que grava la propiedad del arrendador, o si la propiedad podría descomponerse en un dominio útil o sustancial que correspondiese al arrendatario y un dominio eminente o formal del que sería titular el propietario arrendador.

De todas estas consideraciones, cabe concluir que la protección jurídica los citados intereses se encuentra limitada por el necesario respeto y la seria garantía (Arts. 33 y 53.1 CE) que nuestro ordenamiento jurídico constitucional concede al derecho de propiedad privada.

Debido a éstas y otras razones, recientemente se ha creado un cierto recelo hacia específicas normas jurídicas, por entenderse que otorgan una excesiva garantía al interés de personas que no participan directa o inmediatamente en la situación jurídica propietaria.

De nuevo, retomamos los ejemplos en materia de arrendamientos. En los últimos años, se ha iniciado una tendencia a reducir en vía legislativa el grado de protección jurídica que se concede al interés del arrendatario. Se considera que ello es necesario para impulsar el dinamismo en el mercado inmobiliario.

En este marco se encuadra el Real Decreto-Ley 2/1985 de 30 de Abril sobre Medidas de Política Económica, donde en el apartado 1º de su Art. 9 se establece la supresión de la prórroga forzosa para los contratos de arrendamiento celebrados con posterioridad al mismo.

Esta misma línea parece seguirse en el nuevo Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos de 21 de Febrero de 1994 (BOCG. Congreso de los Diputados, núm. 54-1), donde su Exposición de Motivos (Motivo 3º) afirma que la distinción entre el régimen jurídico de



los arrendamientos de vivienda y de local de negocio "se asienta en la idea de conceder medidas de protección al arrendatario sólo allí donde la finalidad del arrendamiento sea la satisfacción de la necesidad de vivienda del individuo y de su familia, pero no en otros supuestos". Es decir, el nuevo Proyecto de Ley parece pretender proteger el interés del arrendatario sólo cuando esté íntimamente ligado a valores tan fundamentales en nuestra comunidad, como lo son el derecho a una vivienda digna y a la estabilidad del domicilio familiar o de la propia familia (Art. 47 CE).

En este contexto, se comprende que el Proyecto de Ley de 1994 guarda un delicado equilibrio entre el mantimimiento de la prórroga forzosa para los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al Real Decreto-Ley 2/1985 y su supresión para los concertados con posterioridad a esa fecha.<sup>141</sup>

Este nuevo ambiente legislativo explica que algunos Jueces y Magistrados consideren inadecuada la conservación de mecanismos que otorguen una garantía desmesurada al interés del arrendatario frente al propietario arrendador. Prueba de ello son las cuestiones de inconstitucionalidad 2010/89 y 969/91 promovidas por el Juzgado de Distrito núm. 14 de Madrid y el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gijón respectivamente y que son resueltas por la STC 89/1994 de 17 de Marzo.

En las citadas cuestiones de inconstitucionalidad se considera que, mediante el mantenimiento del mecanismo de la prórroga forzosa y la imposibilidad de actualizar adecuadamente las rentas a los precios de mercado, el arrendador se halla indefenso y ve cómo a través de su contrato se produce una vulneración del art. 33 CE, porque al conceder

---

<sup>141</sup> Sobre este punto concreto véanse las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del Proyecto de Ley de 21 de Febrero de 1994 sobre Arrendamientos Urbanos.

la Ley al arrendatario la facultad de disponer indefinidamente del contraro se priva al propietario arrendador de toda disponibilidad sobre el inmueble arrendado que le pertenece.

Sin embargo, pese a la evolución legislativa y el ya relativamente amplio rechazo hacia el mecanismo de la prórroga forzosa, el Tribunal Constitucional se sigue manifestando a su favor, al entender que la protección del interés del arrendatario articulada mediante la misma, grava dentro de lo normal el derecho de propietario y, por lo tanto, no constituye una vulneración del mismo.

Textualmente afirma el Tribunal Constitucional que *"no significa que la prórroga forzosa convierta en inexistente o puramente nominal, el derecho de propiedad del arrendador. Supone, ciertamente, una restricción o limitación de este derecho, en cuanto dificulta que la merced arrendaticia se adecúe con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamientos. Pero esa dificultad, y consiguiente limitación, no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible"*.<sup>142</sup>

El proceso evolutivo ahora descrito, finaliza, por el momento, con la entrada en vigor de la nueva LAU 29/1994 de 24 de Noviembre (BOE 25 Noviembre 1994, núm. 282) que confirma la línea apuntada ya por el Proyecto de 12 Febrero 1994, en el sentido de pretender reducir la garantía que anteriormente se otorgaba a intereses subjetivos extrapropietarios, como los propios del arrendatario.

Los Arts. 9 y ss. de la LAU 29/1994 suprimen definitivamente lo que en el Texto Refundido de 1964 era la figura estrella en la protección del interés del arrendatario: la

---

Vid. STC 89/1994 de 17 de Marzo, Fto. Jco. 5º.

prórroga forzosa del contrato. Tal y como dispone el propio Art. 9 LAU 29/1994 la duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes. Por lo tanto, la prórroga del contrato ya no es una facultad de la que dispone arbitrariamente el arrendatario en beneficio de su propio interés, ya que ha de ser bilateralmente acordada no sólo cuando convenga a aquél, sino también cuando el arrendador propietario lo considere también beneficioso para su interés.

Es de este modo como en el seno de las relaciones arrendaticias se logra equilibrar la protección de intereses subjetivos extrapropietarios con la efectiva realización del interés del titular dominical sobre el bien objeto de su derecho.<sup>143</sup>

Hasta este punto nos hemos referido a la templanza del carácter exclusivo y excluyente del dominio, mediante la tutela jurídica de intereses subjetivos extrapropietarios. Sin embargo, es necesario indicar que el temperamento hasta ahora estudiado tiene un carácter moderado porque no altera en lo esencial la concepción dominical liberal.

La verdad es que el reconocimiento a sujetos extraños de poderes y derechos sobre la cosa en propiedad siempre los ha habido, y en el liberalismo también. Lo que sucede es que los límites que garantizan su desenvolvimiento permanecen en el exterior de la esfera de goce y disposición que se reserva al propietario.

La razón se halla en que la tutela de situaciones subjetivas extrapropietarias responde a la realización de intereses privados, que tienen su origen o bien en un acto de voluntad del

---

<sup>143</sup> Frente a lo puesto de manifiesto, no podemos sino mostrarnos escépticos respecto al éxito de las medidas que propone la LAU 29/1994. Los problemas en torno a la prórroga forzosa seguirán haciendo acto de presencia, pues la nueva Ley de Arrendamientos mantiene la vigencia del Art. 57 LAU 1964 para los contratos celebrados antes de 1985, así como la vigencia del Art. 9.1 del RDL 2/1985 para los contratos concertados con posterioridad a esa fecha.

propietario, mediante el cual se ceden específicas facultades dominicales (ya sea un contrato o un derecho real limitativo de su dominio), o bien en estados de necesidad natural o social que deben ser atendidos si se pretende lograr la coexistencia armónica de los distintos derechos de propiedad.

Las limitaciones dominicales establecidas por razón de las relaciones de vecindad, por la prohibición de los actos emulativos y del abuso del derecho no relativizaron, ni mucho menos socializaron la propiedad, ya que su fundamento seguía descansando en el interés individual y en el principio de que todo límite es excepcional.<sup>144</sup>

La templanza del carácter excluyente y exclusivo del derecho de propiedad alcanza su punto álgido con la llegada del Estado del Bienestar y la recepción a nivel constitucional del principio de la función social, al subrayarse el aspecto social del hombre por encima del egoísmo abusivo del individualismo jurídico.<sup>145</sup>

Esta nueva dimensión social, inherente al Estado de Bienestar, supone el definitivo abandono de la concepción de la propiedad privada como una relación sujeto-objeto. La atención se deposita ahora en el conjunto de repercusiones y efectos sociales que generan el ejercicio de las facultades dominicales.<sup>146</sup> En este contexto se produce una profunda

---

<sup>144</sup> Para el caso de las relaciones de vecindad, ALONSO PEREZ, MARIANO. "Las relaciones de vecindad", cit. pags. 363 y 364.

<sup>145</sup> Como afirma RESCIGNO, "la función social y el componente del deber integrado en la estructura de la situación real, descubren el momento comunitario de la exigencia del sujeto y el ordenamiento". Vid. RESCIGNO, PIETRO. Voz "Proprietà", antes cit. pag. 276.

<sup>146</sup> El orden liberal había centrado su atención en la consideración de la propiedad privada como una relación unívoca entre sujeto y objeto, ignorándose las consecuencias sociales que la citada relación podría generar. Si se entendía que el individuo propietario estaba aislado, era lógico, aunque excesivamente dogmático, considerar que las conductas que llevase a cabo sobre los bienes que le pertenezcan sólo afectarían a su persona. Pero, precisamente, esta falta de consideración de los efectos sociales que genera el ejercicio del derecho de propiedad constituye uno de los factores que llevan a

transformación en el modo en que se desenvuelven las relaciones intersubjetivas que surgen, respecto a la cosa, entre el propietario y otros individuos concretos ajenos a la situación propietaria.

Por esta vía, la función social parece destinada a identificarse con la equidad en las relaciones sociales que nacen de la relación jurídica que se ha constituido en torno a los bienes y que transcurren entre el propietario y uno o más sujetos determinados.<sup>147</sup>

Se trata de ponderar en sentido equitativo y social, el conjunto de relaciones interindividuales que se derivan del ejercicio de las facultades dominicales, con la finalidad de impedir que el propietario abuse o se valga de su condición para imponer su posición a los restantes individuos que participan de la relación. Se persigue evitar, en definitiva, que el carácter exclusivo y excluyente del dominio convierta a éste, como en antaño, en una fuente de privilegios y de autoridad sobre las personas que nada poseen.

De esta manera, se podrá reducir la profunda desigualdad real y material que, entre propietarios y no propietarios, habían ocasionado las estructuras liberales, para dar así cumplimiento a uno de los principios fundamentales y mandatos trascendentales que asume nuestra Constitución en su Art. 9.2.

Sin embargo, el temperamento en sentido social del carácter exclusivo y excluyente del derecho de propiedad no se reduce a ponderar equitativamente el conjunto de relaciones que

---

la crisis del concepto liberal de dominio. Por este motivo, estamos de acuerdo en afirmar con ANDREA BIXIO ("Proprietà e appropriazione. Individuo e sovranità nella dinamica dei rapporti sociali", cit. pag. 37) que la propiedad se presenta como una relación idónea para producir una pluralidad de relaciones sociales.

<sup>147</sup> RESCIGNO, PIETRO. "Per un studio sulla proprietà" antes cit. pag. 44. Idem. Voz "Proprietà", antes cit. pag. 275.

se entablan como consecuencia del ejercicio de las facultades dominicales, sino que también se lleva a cabo mediante la conciliación del interés del propietario y las necesidades sociales de la colectividad.

Desde los presupuestos del Estado de Bienestar, el interés social de la comunidad cobra una trascendental relevancia jurídica en el ejercicio del derecho de propiedad, y como tal se le otorga tutela.

En congruencia con ello y mediante la imposición de deberes y obligaciones, se pretende impedir que el propietario proceda a la satisfacción de su interés de un modo egoísta que constituya un insalvable obstáculo a la efectiva realización del interés social de la colectividad.

En consecuencia, la perspectiva cambia totalmente, ya que no se trata únicamente de la valoración de intereses privados ajenos a la situación propietaria, sino del interés de la comunidad social en su conjunto. Es así como, bajo la vigencia del principio de la función social, el derecho de propiedad ya no representa exclusivamente la relación que, en torno a una cosa específica, transcurre entre su titular y otros individuos, sino también un vínculo que se instaure entre aquél y la comunidad social globalmente considerada.

Ahora bien, esta relación propietario-comunidad social no es algo utópico o meramente dogmático, irrealizable en la práctica. La comunidad social no es un ente abstracto o amorfo<sup>148</sup> carente de capacidad de actuación, ya que se personifica en la Administración Pública, la cual cuenta con los medios jurídicos necesarios para garantizar la efectiva

---

<sup>148</sup> De la misma opinión es MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada y el sistema de Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pag. 192.

consecución del interés del colectivo social en este ámbito relacional.

Por lo tanto, la relación que se entabla con la comunidad social es el contexto en el que el propietario ha de comprender y captar el sentido de las disminuciones de intensidad o extensión de los poderes que se le atribuyen. Reducción en la extensión de los poderes dominicales que ha de ser considerada como la compensación de las innegables ventajas que se obtienen por vivir en sociedad.<sup>149</sup>

Es decir, la función social instaura una recíproca relación entre la colectividad social y el propietario, el cual ha de ceder parte de la exclusividad de su derecho en beneficio del interés social, a modo de contraprestación de las ventajas que, en otros supuestos, también recibe por estar integrado en la sociedad.

Por consiguiente, cuando en una valoración comparativa efectuada por ley, el interés social sea considerado prevalente respecto a los intereses individuales del propietario, nace una nueva perspectiva en la que la tutela exclusiva y absoluta de todos los intereses del dueño se sustituye por la tutela de los múltiples intereses concurrentes en la colectividad social.<sup>150</sup>

Por otra parte, el principio constitucional de la función social atempera de igual manera

---

<sup>149</sup> MESSINEO, FRANCESCO. "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo III, antes cit. pag. 269. En el mismo sentido BARBERO estima que "el interés del individuo, aunque privado, no puede ser entendido abstrayéndolo de la consideración de la naturaleza del hombre, del hecho de que está puesto en sociedad y de que de la conservación de ella extrae las satisfacciones y las posibilidades esenciales de su propia vida humana. El más sano egoísmo no puede sino resolverse en el más consciente altruismo. Aún prescindiendo de la irrefutable verdad de que en la partida del dar y del tener perennemente abierta, entre cada uno y los demás, el dar de cada uno no resultará nunca equiparado a lo que tiene de los demás por lo cual, nace para el individuo una deuda en perenne aumento de contribución a la sociedad". Vid. BARBERO, DOMENICO. "Derecho Privado", Tomo II, antes cit. pag. 224.

<sup>150</sup> COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 70.

el radical carácter excluyente del dominio liberal. Desde la perspectiva del interés privado, el titular dominical sigue pudiendo excluir de su esfera de goce y disposición a toda persona ajena a la situación subjetiva propietaria. No obstante, las cosas cambian desde el punto de vista del interés social, ya que la concurrencia de éste legitima la existencia de intervenciones legislativas en el ámbito subjetivo de disposición reservado al propietario.

El temperamento del carácter excluyente del dominio liberal se aprecia particularmente, cuando se comprueba que éste es llevado a efecto desde el mismo ámbito interno del derecho de propiedad privada, porque el interés social ha pasado a formar parte del contenido dominical.

De ahí que podamos afirmar que el interés social produce una templanza del carácter exclusivo y excluyente de la propiedad privada de mucha mayor intensidad que la llevada a cabo por el interés privado. Este último actúa esporádicamente y se sitúa en el exterior de la esfera de disposición reservada al propietario. Por el contrario, el interés social opera de una forma constante y normal, al formar parte del contenido dominical.

En conclusión, la propiedad privada aparece ahora penetrada en su interior por una dimensión social que se manifiesta tanto en el modo de producirse las relaciones intersubjetivas derivadas de su ejercicio, como en la manera que resalta la ligazón con la comunidad, y que impide identificarla como un radical vínculo excluyente y exclusivo entre el titular individual y los bienes que le pertenecen.

De esta forma, el derecho de propiedad, que era exclusivo del titular-propietario, se convierte en un derecho compartido con los intereses sociales de la colectividad globalmente considerada.



### III. DE LA UNIDAD A LA PLURALIDAD SUBJETIVA. DE LA PERSPECTIVA INDIVIDUAL A LA SOCIAL-COLECTIVA.

La Revolución Francesa de 1789 tenía entre sus principales objetivos la superación de las estructuras feudales de corte germánico. El pensamiento jurídico revolucionario había llegado a la conclusión de que la configuración de la propiedad privada como un derecho unitario en torno a un único sujeto titular podría facilitar enormemente su plena liberalización y el definitivo abandono de los esquemas germánicos propios del mundo feudal.

Esta unidad subjetiva de la propiedad se pretende lograr tanto desde la perspectiva cuantitativa, como cualitativa.<sup>151</sup>

Desde el punto de vista cualitativo, en congruencia con la idea liberal de que los poderes públicos deben abandonar su protagonismo en la vida jurídica y económica, la propiedad del Estado y de los entes públicos trata de reducirse lo máximo posible. En este momento, lo que preocupa es convertir al sujeto privado en el exclusivo titular de derechos dominicales.

Desde la perspectiva cuantitativa, se asegura la unidad subjetiva de la propiedad

---

<sup>151</sup> Es necesario adelantar que esta diferenciación subjetiva desde la perspectiva cuantitativa y cualitativa ha sido puesta ya de relieve por PUGLIATTI en su conocidísima obra "La proprietà e le proprietà", publicada posteriormente en "La proprietà nel nuovo Diritto", libro que manejamos y citamos. Véase en concreto pags. 151 y ss. Sin embargo, tal distinción es usada ahora en manera inversa a como lo había hecho el prestigioso autor italiano. PUGLIATTI recurría al análisis del aspecto subjetivo de la propiedad privada tanto desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo para demostrar que a lo largo del Siglo XX se produce una diversificación de su régimen jurídico-legislativo. Por el contrario, nosotros acudimos a esta diferente perspectiva para probar que en el orden liberal, y superados las estructuras feudales del Antiguo Régimen, la propiedad se muestra como un derecho unitario en torno a la figura del sujeto titular.

mediante un total rechazo de cualquier forma de comunidad de bienes, procediéndose a la eliminación por vía legislativa de la existencia de derechos dominicales colectivos pertenecientes a corporaciones o conjuntos de personas, cualquiera que sea la forma que éstos revistan.<sup>152</sup>

Como consecuencia de la desaparición de los grupos, el individuo ocupa ahora el centro del sistema, siendo la propiedad su atributo principal. El régimen jurídico liberal del dominio gira única y exclusivamente en torno al sujeto individual, el cual monopoliza la totalidad de facultades y poderes que pueden ser ejercitados sobre los bienes que le pertenecen.

Este planteamiento conduce a la plena identificación de la propiedad con el individuo, pues en la esfera privada ambos se encuentran íntimamente ligados y, por este motivo, no podemos encontrar otro tipo de propiedad que no sea la que pertenece al individuo. En suma, una sólo propiedad para un sólo propietario. Una sola propiedad para cada persona.<sup>153</sup>

Sin embargo, ya con anterioridad al advenimiento del Estado Social este esquema acaba por derrumbarse.

Los presupuestos individualistas del orden liberal permanecieron en el ámbito de lo

---

<sup>152</sup> El desprecio del orden liberal por toda forma colectiva o común de propiedad privada resulta deducible de la propia lectura del Código Civil francés de 1804. Como pone de manifiesto PESET ROIG, "El Code Napoléon conoce las viejas comunidades de los pueblos, pero no se interesa por ellas; se deja su regulación a las leyes especiales". A continuación el citado autor aporta ejemplos como los Arts. 542 y 1686 del Código de 1804, en los que se aprecia un espíritu de rechazo contra toda forma de comunidad dominical o propiedad proindiviso, no admitiéndose éstas ni siquiera en los casos más usuales e inocuos para las concepciones individualistas. Sobre este tema, Vid. PESET ROIG, MARIANO. "Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra", antes cit. pags. 135 y 136.

<sup>153</sup> PESET ROIG, MARIANO. Ibidem Supra. pag. 136.

meramente dogmático y utópico.

En congruencia con su innata cualidad social, los individuos crean nuevos tipos de asociaciones con el fin de lograr una mejor consecución de aquellas necesidades que aisladamente no podían satisfacer, o para defender de una forma mucho más eficaz y efectiva sus intereses comunes. Del mismo modo, y frente al total rechazo liberal a la persona jurídica fundacional, en tanto que la adscripción de bienes a un fin permanentemente era contraria al presupuesto básico de absoluta libertad, éstas comienzan a aparecer en el tráfico jurídico, haciéndose su presencia en este ámbito cada vez más frecuente. Algo similar acontece en relación a las corporaciones, habida cuenta que el Código Civil sólo contempla la posible existencia de las corporaciones de Derecho Público (Art. 35. Cc.), pero la propia realidad que discurría bajo sus preceptos dió lugar a que los individuos se agruparan también en corporaciones de Derecho Privado para defender mejor sus intereses (vgr. corporaciones profesionales y gremios). Finalmente, en este mismo contexto se ubica la aparición de los sindicatos, como grupos creados para defender los intereses de unos ciudadanos concretos: los trabajadores.

Por consiguiente, la reaparición de la actividad grupal en el mundo jurídico supone el inicio del ocaso de las concepciones dominicales individualistas, habida cuenta que toda propiedad privada ya no se identifica unívocamente con el individuo; junto a éste reaparece el protagonismo de los grupos, quienes igualmente pueden ser potenciales titulares de bienes en propiedad.

La ruptura de la relación de identidad que unía a la propiedad y al individuo en el mundo liberal se deja sentir con especial magnitud cuando nacen las primeras sociedades anónimas o por acciones.

Antes de la industrialización, el empresario capitalista era el único dueño de la empresa que él mismo dirigía y manejaba. Es decir, en torno a una sola persona se acumulaba la propiedad de los medios de producción, los poderes de administración y gestión, los riesgos de la actividad empresarial, etc.<sup>154</sup>

No obstante, los avances de la ciencia posibilitan el desarrollo de la industria y del comercio. Gracias a la técnica se incorporan importantes mejoras (máquinas, medios de transporte) que hacen crecer de manera trepidante el volumen de los negocios y empresas que se llevan a cabo.<sup>155</sup>

Así las cosas, tras la Revolución industrial, y debido principalmente a las dimensiones que adquieren determinados negocios, la realización de la actividad empresarial y negocial exige cada vez con mayor frecuencia altas aportaciones patrimoniales que no pueden ser ya satisfechas por un solo individuo, lo que irremediablemente plantea la perentoria necesidad de unirse a otros sujetos que contribuyan a la empresa o negocio planteados mediante sus respectivas participaciones de capital.

Este es el momento en el que hacen acto de presencia las sociedades anónimas por acciones, que son concebidas como un adecuado medio para lograr las grandes cantidades de capital necesarias para afrontar la actividad de una gran empresa.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> DAHRENDORF, RALF. "Proprietà e controllo: la scomposizione del capitale", in "Il Diritto nella società moderna". Saggi a cura di Stefano Rodotà. Ed. Il Mulino, Bologna 1971, pag. 344. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", antes cit. pag. 135.

<sup>155</sup> SOLARI, GIOELE. "Socialismo e Diritto Privato. (Influenza delle odierne dottrine socialiste sul Diritto Privato)". Ed. Giuffrè, Milano 1980, pag. 36.

<sup>156</sup> Es posible hablar de la existencia de auténticas sociedades anónimas en el seno del Siglo XVII y en concreto en las denominadas Compañías de Indias. En ellas se apreciaban ya los rasgos que luego van a ser identificativos de las sociedades por acciones. Si bien ello es cierto, no lo es menos que hasta el Siglo XIX y la Revolución industrial no se produce la verdadera expansión del instituto de

Consecuentemente, los bienes y capital que constituyen la sociedad ya no son propiedad de un único individuo, sino que pertenecen a una pluralidad de ellos que actúan bajo unidad de acción.

Siempre que ello sea así, la estructura y el funcionamiento de las sociedades por acciones supone igualmente la quiebra de la unidad subjetiva, tan predicada por el individualismo liberal, entre la titularidad de los bienes y el ejercicio de los poderes que esa titularidad conlleva. Desde la perspectiva individualista, la propiedad de los bienes y las facultades que dicha titularidad supone se acumulaban bajo una misma persona: el propietario individual. No obstante, en el caso de las sociedades anónimas se produce una escisión entre propiedad y poder, ya que éstos corresponden a sujetos diferentes.

En la sociedad anónima los accionistas son los verdaderos propietarios y, por este motivo, se les reconoce el derecho a una cuota del patrimonio al tiempo de la liquidación de la sociedad. Sin embargo, aunque éstos han de asumir el riesgo de la actividad societaria, no tienen influencia directa sobre la misma. Corresponde a los administradores y dirigentes el poder de gestión de los bienes y el capital de la empresa.<sup>157</sup>

---

la sociedad anónima. Coinciden en afirmar que las sociedades anónimas, aunque nacidas en el Siglo XVII, adquieren verdadera expansión tras la Revolución francesa, entre otros, GALGANO, FRANCESCO. "La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative", antes cit. pags. 6 y ss. Idem. "Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales", antes cit. pags. 77 y ss. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", antes cit. pag. 137. URIA, RODRIGO. "Derecho Mercantil", Ed. Marcial Pons, Madrid 1990, pags. 216 y 217. VICENT CHULIA, FRANCISCO. "Compendio crítico de Derecho Mercantil". 3ª Ed. Tomo I, Vol. I. Comerciantes, Sociedades, Derecho Industrial. Ed. Bosch, Barcelona 1991, pags. 357 a 359. LOJENDIO OSBORNE, IGNACIO. "La Sociedad Anónima", en AA.VV "Derecho Mercantil" Vol I. Coord. JIMENEZ SANCHEZ, GUILLERMO J. Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1992, pags. 171 y 172.

<sup>157</sup> Nos estamos refiriendo a los casos en los que los dirigentes o gestores de la sociedad no sean partícipes de la misma. Es perfectamente posible que el poder de gestión lo detenten sujetos que no sean titulares ni siquiera de una acción, pero que ocupan puestos claves en la empresa. En estas hipótesis es donde se aprecia con mayor claridad la ruptura de las concepciones individualistas de la

Por consiguiente, la titularidad del derecho de propiedad es de los accionistas, mientras que el ejercicio de ese derecho sobre los bienes de que se trate, corresponde a los gestores o dirigentes de la empresa.<sup>158</sup> Tal y como acertadamente pone de relieve RODOTA, "La titularidad del derecho corresponde a sujetos diversos de aquellos que ejercitan efectivamente el poder de decisión relativo a los bienes objeto de aquel derecho."<sup>159</sup>

En suma, la disciplina de la propiedad y, en general, el poder privado de apropiación de la riqueza, se muestra en términos diferentes a los característicos de la sociedad preindustrial, como se ha puesto de relieve a través del estudio del caso particular de las

---

propiedad privada y la escisión entre la titularidad de derechos dominicales y el ejercicio de los poderes y facultades que son inherentes a éstos. La posibilidad de que los gestores o administradores de la sociedad no sean partícipes en la misma ha sido admitida por la doctrina tanto expresa como implícitamente. Así aluden a ello de manera indirecta ASCARELLI, TULLIO. "Proprietà e controllo della ricchezza", in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. Anno IV 1950, pag. 755. De manera expresa se admite esta posibilidad por RESCIGNO, PIETRO. "Manuale del Diritto Privato Italiano", antes cit. pag. 451. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", antes cit. pag. 140.

<sup>158</sup> Esta es una de las hipótesis en las que se puede observar aquella diferenciación propuesta por PUGLIATTI entre propiedad formal y sustancial. El citado autor italiano liga la sustancia de la institución dominical a un efectivo poder de goce, utilización y disfrute de la cosa objeto del derecho. Propiedad sustancial es aquella que se identifica con el ejercicio del derecho. Por otro lado, PUGLIATTI entiende como propiedad formal la idea de la titularidad, pero separada de una posibilidad efectiva de ejercicio del derecho que se detenta. En el caso que ahora nos ocupa de las sociedades por acciones, la propiedad sustancial, el efectivo ejercicio del derecho corresponde a los gestores y dirigentes de la empresa, mientras que la propiedad formal corresponde a los accionistas quienes son los verdaderos titulares dominicales del capital y bienes empleados en el ejercicio de la actividad empresarial. Existen otros supuestos en los que se aprecia la distinción entre propiedad formal y sustancial. Tal es la situación del usufructuario y el nudo propietario, el arrendador propietario y el arrendatario, y en general todos aquellos casos en las que el propietario cede el uso y disfrute de los bienes que son objeto de su derecho. Sobre la diferenciación entre propiedad formal y sustancial véase PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 224, 241 y ss. En alusión a este autor RODOTA, STEFANO. "Proprietà (Diritto Vigente)", antes cit. pag. 134.

<sup>159</sup> RODOTA, STEFANO "Proprietà. (Diritto Vigente)", antes cit. pag. 134.

sociedades anónimas.<sup>160</sup>

La transformación de los esquemas individualísticos iniciada por causa de la reaparición del protagonismo de los grupos, se consolida y hace definitiva con la llegada de un nuevo modelo de Estado, en donde se potencia definitivamente la vida social y comunitaria.

Los grupos son en el Estado de Bienestar los principales protagonistas en el ejercicio de la actividad económica y social, quedando el individuo relegado a un segundo plano en este contexto.<sup>161</sup>

Basta con observar la realidad actual, para darse cuenta de la importancia que adquiere la actividad grupal en el seno de la colectividad social. Los trabajadores se organizan en sindicatos, los empresarios en patronatos, los profesionales liberales en colegios, los dueños de inmuebles en comunidades de propietarios, los habitantes de un mismo barrio en asociaciones de vecinos, etc.

Con la pertenencia al grupo, las aspiraciones egoístas del propietario individual se atemperan y en cierto modo se socializan. El sujeto, que no es titular individualmente, sino como integrante de un colectivo determinado, ha de renunciar a satisfacer su interés de manera egoísta, ya que debe tener en cuenta también el interés de los demás miembros que lo integran.

---

<sup>160</sup> LUCARELLI, FRANCESCO. "La proprietà pianificata". Ed. Eugenio Jovene, Napoli 1974. pag. 218. DAHRENDORF, RALF. "Proprietà e controllo: la scomposizione del capitale", antes cit. pag. 344. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", antes cit. pag. 142.

<sup>161</sup> BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit. pag. 36. MESSINEO, FRANCESCO. "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo III ya citado, pag. 248.

La finalidad principal es conseguir la realización del interés común de la colectividad grupal. No se trata de satisfacer caprichosamente el interés de una sola persona, sino de realizar equitativa y racionalmente el interés de todos aquellos que forman el grupo. Para ello, en muchos supuestos será necesario que el propietario particular ceda en sus pretensiones, con el objetivo de evitar que su interés individual se convierta en obstáculo respecto la realización del interés mayoritario del colectivo.

En el grupo, los intereses individuales de los titulares dominicales que lo integran se compensan recíprocamente, se armonizan y se convierten en homogéneos con el fin de lograr los objetivos comunes planteados con su constitución. Por consiguiente, el grupo aparece como el medio en el que las aspiraciones individualísticas se traducen en términos sociales.<sup>162</sup>

Sin embargo, la reafirmación de la vida comunitaria y social que conlleva el Estado del Bienestar, va a traer consigo la presencia de nuevas preocupaciones.

Por un lado, la tutela de la propiedad frente al Estado deviene insuficiente. Ahora es necesario proteger al propietario no sólo ante la acción de los poderes estatales, sino también frente a los potenciales ataques que pudiesen venir de otros ciudadanos, que integrados en grupos pueden llegar a ejercer un poder incluso de mayor intensidad que el Estatal. Se trata de salvaguardar la propiedad privada del posible autoritarismo económico de otros sujetos privados, ahora organizados en grupos.

En esta tarea, las más recientes Constituciones desempeñan un papel primordial. Los

---

<sup>162</sup> En este sentido MAZZU, CARLO. "Proprietà e società pluralista". Ed. Giuffrè, Milano 1983, pag. 216.



textos constitucionales que surgen bajo el Estado Social dejan de ser norma de Derecho Público que recoge únicamente las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, para convertirse en la Norma Suprema de la comunidad,<sup>163</sup> al entrar a regular también las relaciones recíprocas entre particulares. Por este motivo, las vigentes Cartas Fundamentales garantizan y protegen el derecho de propiedad no sólo frente a los posibles ataques de la autoridad estatal, sino también de las lesiones que puedan ser producidas por los particulares.

Por otro lado, se presenta el interrogante de si el protagonismo adquirido por los grupos en el mundo jurídico, social y económico sugiere la supresión de la propiedad privada como un derecho individual de la persona física.

A nuestro juicio existen múltiples razones que aconsejan responder negativamente a la pregunta planteada.

Todo hombre aspira en algún momento de su vida a tener algo. La propiedad individual, frente a la objeción de que fomenta las desigualdad entre los hombres, tiene la ventaja de actuar como motor que hace moverse al ser humano. Lo que nos impulsa a trabajar, a esforzarnos, es que como consecuencia de ese esfuerzo, vamos a obtener algo propio: el fruto de nuestro trabajo. Según HEDEMANN, de negar la posibilidad de conservar para sí lo que con éste se adquiere, la fuerza de expansión del ser humano se vería no sólo sensiblemente reducida, si no aniquilada.<sup>164</sup> La propiedad individual garantiza así el

---

<sup>163</sup> Al igual que anteriormente HESSE, KONRAD. "Escritos de Derecho Constitucional", cit. pag. 16.

<sup>164</sup> HEDEMANN, J. W. "Tratado de Derecho Civil". Vol. II, Derechos reales, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, pag. 23. Literalmente afirma el citado autor: "Una cosa es hoy indudable: si priváramos al hombre del incentivo material, de la posibilidad de conservar para sí lo que adquiere con su trabajo y asegurar con ello a sus hijos un porvenir a cubierto de las necesidades, la fuerza de expansión del ser humano se vería considerablemente disminuída, si no aniquilada".

desarrollo de la productividad y el mejor rendimiento económico. La posibilidad de adquirir bienes en propiedad actúa como un efectivo incentivo, como un elemento propulsor de la economía general y de la producción en particular.<sup>165</sup>

La absoluta abolición de la propiedad privada utópicamente formulada por MARX y ENGELS nunca tuvo lugar totalmente. En los países comunistas, aunque se logró colectivizar la propiedad de los medios de producción, nunca llegó a desaparecer el dominio privado de los bienes de consumo y de los muebles corporales.<sup>166</sup>

Además, en la actualidad estamos asistiendo al derrumbamiento de los sistemas políticos comunistas. Entre otros factores, la colectivización de los medios de producción ha llevado a la mayoría de los países que han adoptado este sistema a la más profunda crisis y miseria económica. Penuria económica que conduce al replanteamiento de la configuración jurídica dominical, iniciándose la reprivatización de aquello que inicialmente había sido colectivizado.

En otro orden de cosas, cuestionarse el mantenimiento de la propiedad privada como un derecho individual de la persona es algo que no tiene cabida en nuestro vigente

---

<sup>165</sup> Similares argumentaciones han sido sostenidas por la doctrina para demostrar que la concepción de la propiedad privada como un derecho individual de la persona física ha de ser mantenida. Entre otros Vid. GROSSI, PAOLO. "La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico", antes cit. pag. 68. MESSINEO, FRANCESCO. "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo III, antes cit. pags. 251 y 252. MAZEAUD, HENRI/LEON/JEAN. "Lecciones de Derecho Civil". Parte 2ª Vol. IV, antes cit. pags. 21 y 22.

<sup>166</sup> ROUAST, ANDRE. "L'evolution du droit de propriété". Informe en la sesión del 7 de Julio de 1945 en la "Assotiation Henri Capitant". Travaux de l'Assotiation Henri Capitant. T. I, 1945, pag. 45 y ss. Recogido en las lecturas recopiladas por MAZEAUD, HENRI/LEON/JEAN. "Lecciones de Derecho Civil". Parte 2ª, Vol. IV, antes cit. pag. 23. En el mismo sentido BERGEL, JEAN-LOUIS. "Que sais-je? Le droit des biens." Ed. Presses Universitaires de France. Paris 1990, pag. 29. RUBINO, DOMENICO. "Modernas tendencias sobre los límites del Derecho de propiedad en Italia", antes cit. pags. 186 y 187.

ordenamiento constitucional, debido a que nuestra Norma Fundamental la garantiza y tutela como un derecho cuya titularidad se sigue otorgando al individuo particular en cuanto a tal.<sup>167</sup>

El contexto en el que se encuentra la disciplina constitucional de la propiedad privada sirve como fundamento de su consideración como derecho individual de la persona física. Esta se halla enmarcada en la Sección 2ª ("De los derechos y deberes de los ciudadanos") del Capítulo II ("Derechos y libertades") del Título Primero ("De los derechos y deberes fundamentales"), y a mucha distancia del lugar donde en la Constitución se hace referencia a la regulación del régimen jurídico del dominio público y de los bienes comunales (Art. 132. Tit. VII Economía y Hacienda).

Inequívocamente, nuestra Norma Fundamental se refiere a la propiedad privada como un derecho del individuo, ya que si no fuese así, no tendría sentido su reconocimiento en el ámbito de los derechos y deberes del ciudadano.

Por lo tanto, perseguir su supresión como un derecho individual de la persona física resulta frontalmente contradictorio con los postulados constitucionales, y precisamente por ello imposible en el marco jurídico de la legalidad constitucional.

Ahora bien, lo puesto de manifiesto no significa que la Constitución repudie la propiedad de los grupos. Por el contrario, nuestra Norma Fundamental promociona y fomenta en muchos de sus preceptos su creación y actividad como una forma de participación que contribuye al desarrollo de la personalidad individual (Arts. 9.2, 10.1, 21, 22, 28.1, 34 CE).

---

<sup>167</sup> Independientemente de las precisiones que a este respecto puedan hacerse con posterioridad, no renunciamos ahora a utilizar este argumento en orden a fundamentar la conclusión a la que en este punto del discurso pretendemos llegar.

Pese a ello, la Constitución no se pronuncia respecto a si ha de observarse alguna peculiaridad jurídica, cuando el titular de un derecho de propiedad no sea un sólo individuo aislado, sino varios que integran un grupo.

Frente al Código Civil, que diferencia el régimen jurídico aplicable a la propiedad individual (Arts. 348 y ss.) y a las comunidades de bienes (Arts. 392 a 406), la Constitución española de 1978 no efectúa tal distinción, limitándose a reconocer la propiedad privada, sin realizar ulteriores precisiones en torno a si su titularidad puede ser detentada por un solo sujeto o por varios simultáneamente.

Considerando la misión que le corresponde al constituyente, es absolutamente lógico que éste no se pronuncie sobre las peculiaridades jurídicas que derivan de la pluralidad subjetiva vigente para el caso de la propiedad de los grupos. Esta es una labor que, en el marco general de la normativa codificada, deberá ser abordada por el legislador ordinario para cada caso concreto de pluralidad de propietarios respecto la unidad del objeto del derecho de propiedad.

Además es posible que el silencio guardado por nuestra Norma Fundamental quiera significar que a nivel constitucional no existen particularidades que diferencien la propiedad individual de la de los grupos. Tanto en la propiedad del individuo aislado como la de los grupos, los dueños son sujetos de Derecho Privado, con la única salvedad de que en este último tipo se añade la dificultad de lograr la conciliación entre la pluralidad subjetiva de la situación jurídica con su unidad objetiva.<sup>168</sup> Desde esta perspectiva, y exceptuando las

---

<sup>168</sup> Destacan la complejidad que supone la conciliación en la propiedad de los grupos de la pluralidad subjetiva de la situación con su unidad objetiva, RODOTA, STEFANO. "Proprietà. (Diritto Vigente)", antes cit. pag. 144. BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit. pag. 116.

peculiaridades mencionadas, ambos tipos dominicales resultan encuadrables en el Art. 33 CE. y reconducibles al marco de la propiedad individual, ya que no son otra cosa que manifestaciones distintas de un mismo derecho: propiedad privada.<sup>169</sup>

Por una parte, y para aquellos casos en los que el grupo esté dotado de personalidad jurídica, la reconducción puede realizarse considerando que la cosa común no pertenece a ningún sujeto individualmente, sino a la colectividad en su conjunto.

El grupo con personalidad tiene vida propia e independiente de la de los miembros que lo constituyen, y goza de capacidad para ser titular de derechos y obligaciones que son ejercitados y cumplidas, respectivamente, por los órganos en los que se personifica el ente colectivo. Por lo tanto, en el ámbito jurídico el grupo actuaría y se comportaría como si fuese un sujeto individual.

A estos efectos, la titularidad de un derecho de propiedad que detenta un grupo dotado de personalidad, resulta jurídicamente equiparable a la propiedad individual de una persona física aisladamente considerada. Se trata de la propiedad individual de la persona jurídica como ente al que el Derecho reconoce vida propia y distinta de la de sus miembros.

Por otra parte, aún cuando el grupo carezca de personalidad, el dominio que éste detenta resulta reconducible, al menos en lo que se refiere a la cuota de cada cotitular, a la propiedad individual de los miembros que lo componen.<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> MOLITOR, ERICH. "Nueva problemática de la propiedad", cit. pag. 179.

<sup>170</sup> Este tipo de razonamientos ha sido criticado por aquellos sectores doctrinales que estiman que no es adecuado resolver los casos de copropiedad en cuotas ideales atribuibles a cada copropietario, porque el derecho individual sobre la cuota no agota el contenido de la copropiedad al excluir el aspecto concurrencial de las cotitularidades sobre la cosa común, y podría prestarse también a la objeción de que una entidad incorpórea como la cuota no puede considerarse objeto del derecho de

#### IV. DE LA UNIDAD SUBJETIVA A LA PLURALIDAD OBJETIVA.

##### 1. DEL ASPECTO SUBJETIVO AL CONDICIONAMIENTO OBJETIVO. DE LA DIMENSION ESTATICA A LA DINAMICA FUNCIONAL.

En el orden liberal, el carácter unitario de la propiedad privada, se pretende garantizar no sólo subjetivamente reservando de manera exclusiva la titularidad del derecho al individuo particular, sino también desde la perspectiva objetiva ignorando las posibles repercusiones que sobre el régimen jurídico dominical puedan tener las distintas categorías de bienes objeto del derecho.<sup>171</sup>

El ejercicio de los derechos dominicales queda completamente subordinado a la voluntad del propietario. Es decir, sólo depende de la plena y libre autonomía privada que se reconoce a su titular, la cual en ningún caso queda condicionada por la posible trascendencia que puedan tener los bienes que constituyen su objeto. La voluntad del dueño no está en función de las cosas, sino que éstas se hallan sometidas a los designios de la voluntad de aquél.<sup>172</sup>

---

propiedad, sino que pertenecería a la categoría de bienes inmateriales. Critican esta posición autores tan prestigiosos como NATOLI, UGO. "La proprietà. Appunti delle lezioni", (I) Ed. Giuffrè, Milano 1965, pag. 164. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", cit. pags. 160 a 163. Ponen de manifiesto la existencia de tales críticas, RODOTA, STEFANO. "Proprietà. (Diritto Vigente)", antes cit. pag. 144. BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", ya cit. pag. 114 y ss.

<sup>171</sup> Refiriéndose a la regulación de la propiedad contenida en el Art. 348 del Código Civil CARRASCO considera que en el Derecho codificado se ha hecho irrelevante el objeto sobre el que recae el derecho de propiedad, así como la forma de proceder sobre él para extraer las utilidades que puedan prestar. Vid. CARRASCO PERERA, ANGEL. "El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas". Ed. Tecnos, Madrid 1988, pag. 62.

<sup>172</sup> IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", cit. pag. 49. Entre nosotros MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", cit. pag. 239.

En este contexto, la pertenencia se separa del condicionamiento de la complejidad de las cosas y, por consiguiente, la propiedad se muestra como espejo de la unicidad del sujeto, al desvincularse de su proyección objetiva para ligarse indisolublemente a él. Por consiguiente, la consideración exclusiva del aspecto subjetivo garantiza la unidad de la propiedad privada, porque la mantiene a salvo de la potencial diversificación que podría surgir si se atendiese a la trascendencia y naturaleza de las distintas categorías de bienes que pueden constituir su objeto.

Como consecuencia de su conceptualización unitaria en torno al individuo propietario, la propiedad liberal permanece en una dimensión estática, casi inmutable que puede ser apreciada desde distintos puntos de vista.

En los ordenamientos jurídicos decimonónicos, el perfil atributivo ocupa una posición prevalente, mientras que la idea de actividad aparece relegada a un segundo plano. Podemos afirmar que en este ámbito la tendencia generalizada es considerar que lo trascendente es el poder del individuo y la titularidad.<sup>173</sup> Se trata verdaderamente de dilucidar quien es titular, a quien pertenece un concreto derecho de propiedad, pero en ningún caso interesa examinar cómo se es propietario, es decir, cómo se ejercita el derecho de propiedad. La regulación del ejercicio es algo irrelevante, porque es totalmente libre y queda subordinado a la voluntad del dueño.<sup>174</sup>

El problema que se plantea el Código Civil es la atribución de la titularidad de los

---

<sup>173</sup> Confirma estas ideas RIVERO HERNANDEZ, FRANCISCO. "Idea general de la propiedad en la etapa precodicial", antes cit. pag. 1753.

<sup>174</sup> HERNANDEZ-GIL Y ALVAREZ-CIENFUEGOS, ANTONIO. "La propiedad en el ordenamiento constitucional", antes cit. pags. 11 y 17 del original mecanografiado. Igualmente IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", cit. pag. 41. MONTES PENADES, VICENTE. "Comentarios al Código Civil", Tomo I, antes cit. pag. 952.

derechos de propiedad, no el control o valoración de su ejercicio, que sólo preocupa al legislador cuando éste sea llevado a cabo de manera que pueda lesionar los derechos ajenos de los restantes titulares dominicales.

La normativa codificada recoge preceptos que se dirigen a determinar quien es propietario y de qué manera se accede a ese *status*. En este ámbito prima la atribución jurídico-formal de los derechos y, por lo tanto, los modos y régimen de adquirir y transmitir la propiedad constituirán una disciplina básica. Para comprobarlo, basta observar las diversas disposiciones que se refieren a la accesión, a la ocupación, al tesoro, etc, etc.<sup>175</sup>

Sin embargo, salvando la alusión a las limitaciones legales contenidas en el Art. 348, nuestro Código no aporta norma alguna que aluda al modo en que deba de ejercitarse el derecho de propiedad, ya que ello es algo completamente sometido al omnímodo poder que se reconoce y atribuye al propietario.

Como consecuencia de esta atención excesiva en el aspecto de la titularidad y la pertenencia, la dimensión estática de la propiedad privada emerge en plenitud cuando se repara en la total ausencia de disposiciones legislativas que impulsen, incentiven o incluso obliguen al propietario a proceder al ejercicio del derecho que le atañe. Ejercitar o no las facultades dominicales es una cuestión que se deja al libre arbitrio de su titular. Amparándose en esta ilimitada libertad, se podrían incluso mantener conductas absentistas y parasitarias. El dueño, por el mero hecho de serlo, está legitimado a no ejercitar su derecho.

La ausencia de disposiciones legislativas que impulsen la actividad del propietario,

---

<sup>175</sup> Respecto la accesión véanse los Arts. 354 y ss Cc. En torno al tesoro oculto Arts. 351 y 352 Cc., y con relación a la ocupación Arts. 610 a 618.



reviste especial trascendencia para el caso concreto de la propiedad agraria, ya que esta pasividad podría llegar a provocar (y de hecho provocó) nefastas consecuencias para la producción.

En ocasiones grandes extensiones de tierras permanecían incultas y sin cultivar. En otros casos, tierras fértiles rendían mucho menos de lo que en condiciones normales podrían, porque se explotaban con métodos, medios e intensidades inadecuadas o insuficientes.

Esta inactividad tiende a acentuarse por la idea liberal de que la propiedad vale *per se* como título de adquisición de otras propiedades, esto es, como condición suficiente para la expansión o incremento del dominio que ya se detenta.<sup>176</sup>

En consecuencia, durante el Siglo XIX únicamente se mantiene la perspectiva del "haber", del "tener", siendo ignorada la perspectiva del "producir", del "actuar", del trabajo que introduce una síntesis entre el bien y el hombre.<sup>177</sup>

De nuevo con la crisis del Estado liberal-burgués se produce una profunda convulsión.

El régimen jurídico dominical cesa paulatinamente de girar en torno al individuo y sus intereses egoístas. Como efecto de la ya estudiada reconsideración del propietario, no como un sujeto aislado del contexto social, sino como miembro de la comunidad, otros intereses comienzan a ser jurídicamente relevantes en el ejercicio del derecho de propiedad. Se trata no ya sólo de los intereses particulares de otros propietarios, sino, lo que es mucho más

---

<sup>176</sup> PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 262.

<sup>177</sup> HERNANDEZ-GIL Y ALVAREZ-CIENFUEGOS, ANTONIO. "La propiedad en el ordenamiento constitucional", cit. pag. 11. IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", cit. pag. 14.

trascendente, del interés social de la colectividad en su conjunto.<sup>178</sup>

Por lo tanto, la idea del interés social y económico subyacente penetra en el alma del derecho subjetivo de propiedad, al depender su ejercicio ya no sólo de la "todo poderosa" voluntad del propietario, sino también de la efectiva realización del interés social de la colectividad.

El interés social al que nos referimos introduce un vínculo finalístico en el ejercicio de las facultades dominicales. El dueño ya no dispone como en antaño de las cosas que le pertenecen en la manera que estime más conveniente para la satisfacción de su interés personal, porque ha de perseguir también la realización del interés de la colectividad social, otorgando a los bienes que le son propios el destino económico más apropiado para ello.

Consiguientemente, la propiedad privada aparece condicionada por el interés social que repercute sobre su ejercicio en función de la mayor o menor trascendencia que para su realización revistan los bienes que constituyan el objeto del derecho.

Según la categoría de bienes ante la que nos encontremos, la ligazón y repercusión en el interés social de la colectividad puede ser mayor o menor. Nadie duda que tener la propiedad de un automóvil es algo distinto a tener la propiedad de un inmueble urbano, de una fábrica o de una finca rústica cultivable y fértil.

Así las cosas, comienza a resquebrajarse la concepción clásica propia del orden liberal

---

<sup>178</sup> La relevancia jurídica que en el ejercicio del derecho de propiedad se otorga a intereses distintos de los del propietario, se ve facilitada por el cambio en las teorías dogmáticas sobre el derecho subjetivo. Poco a poco, las teorías voluntaristas de WINDSCHEID se van abandonando para estar cada vez más arraigadas las tesis de IHERING, quien resaltaba en el ejercicio del derecho subjetivo el trascendental papel que desempeña la idea de interés.

que caracterizaba a la propiedad privada como un derecho exclusivamente relacionado con los bienes de consumo.<sup>179</sup> Como consecuencia de la industrialización se produce un importante aumento del valor que se concede a algunos bienes que repercuten de manera inmediata en el interés social de la colectividad. Son, entre otros, los medios de producción, los valores mobiliarios, las áreas edificables, los inmuebles edificados, etc.

En definitiva, asoma la distinción entre bienes de consumo y bienes productivos. Los primeros serían aquellos sobre los que el propietario sigue teniendo una amplia libertad de acción, mientras que en los segundos la vinculación con las exigencias sociales de la colectividad limita las posibilidades de actuación del titular dominical.

Debido al incremento de la trascendencia jurídica que los bienes desempeñan en el ejercicio del derecho de propiedad, aquella perspectiva exclusivamente subjetivista, predicada por el orden liberal, es atemperada por la visión objetiva propia del nuevo modelo económico y social que trae consigo el Estado de Bienestar.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> Son consideraciones efectuadas por PUGLIATTI en las conclusiones finales de su obra "La proprietà e le proprietà". Ahora en "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 302. En el mismo sentido y posteriormente su opinión aparece refrendada por COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 310. Idem. más recientemente "Considerazioni sulla proprietà e sui diritti reali nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio", antes cit. pag. 468.

<sup>180</sup> La mayor parte de los autores que se han dedicado a estudiar las transformaciones que la propiedad privada sufre con la crisis del Estado Liberal y el nacimiento del actual Estado Social, aún y cuando en muchos puntos concretos mantienen posturas doctrinales muy diferentes, coinciden en resaltar que indudablemente se ha producido el paso desde una perspectiva exclusivamente subjetivista, en donde el sujeto individual y su soberana voluntad constituían el centro de gravedad del régimen jurídico de la propiedad privada, a una perspectiva objetiva en la que la trascendencia social y económica de los bienes que son objeto del derecho de propiedad condiciona jurídicamente el actuar del propietario y el mismo ejercicio de su derecho. En este entendimiento pueden ser destacados, entre otros, los siguientes autores: MAZZU, CARLO. "Proprietà e società pluralista", cit. pag. 205. Idem. "Spunti per una riflessione sulla funzione sociale della proprietà", antes cit. pag. 559. RODOTA, STEFANO. "Proprietà (Diritto vigente)" antes cit. pag. 145. Del mismo autor "Intorno alla proprietà. Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi", antes cit. pags. 453 y ss. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", cit. pags. 245 y ss. LASARTE, CARLOS. "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación. Pluralismo de la propiedad privada",

El centro de atención en el régimen dominical se traslada del sujeto del derecho al objeto del mismo. El legislador ya no se muestra indiferente, como lo era en el pasado, a la naturaleza de los bienes que son objeto de propiedad.

Los bienes ocupan ahora un primer plano. Su utilización, destino y organización aparece como el inmediato objetivo de la disciplina jurídica dominical. La propiedad ya no se asienta en la individualidad del sujeto jurídico, sino en la virtualidad orgánica del mundo de los objetos orientado finalísticamente por su destino económico.

En este sentido, el ejercicio de las facultades dominicales ya no queda únicamente sometido a la soberana y plena voluntad de su titular, sino que se encuentra ahora también condicionado por la trascendencia económica o social que puedan tener los bienes que constituyen su objeto. En suma, las cosas ya no se hallan en función de la voluntad, sino que la voluntad se encuentra en función de las cosas.

Como resultado del desplazamiento de la perspectiva subjetiva a la objetiva, la atención, que en el orden liberal se centraba en la titularidad, se traslada ahora a la actividad que desempeña el propietario en el ejercicio del dominio.

Nuestro ordenamiento jurídico no está interesado tanto en disciplinar la atribución, adquisición y la determinación de la titularidad de los derechos en los que, por cierto, cada vez se incrementa más el valor de la apariencia, cuanto en regular el modo en que han de ejercitarse las facultades dominicales sobre específicas categorías de bienes, las posibilidades y los límites de actuación del propietario, lo que éste se halla habilitado a hacer y lo que no

---

antes cit. pags. 28 y 29. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", cit. pag. 239. Idem. "Comentarios al Código Civil", Tomo I, antes cit. pags. 953 y 954.

le está permitido llevar a cabo, etc.<sup>181</sup>

Por todas estas razones, debemos desplazar la mirada a la actividad del titular, a los límites de dicha actividad, y al alcance del interés tutelado por el ordenamiento jurídico.<sup>182</sup>

A su vez, y como consecuencia del desplazamiento de la titularidad a la actividad, la propiedad privada deja de aparecer en una dimensión rígida y estática para adquirir un carácter dinámico.<sup>183</sup>

---

<sup>181</sup> Citaremos sólo a título ejemplificativo algunas de las múltiples leyes promulgadas en los últimos años que se preocupan especialmente del modo en que el derecho de propiedad sobre específicas categorías de bienes ha de ser llevado a cabo. Así, para el suelo urbano el Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (BOE 30 Junio 1992, núm. 156), la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994 de 24 de Noviembre y la Ley de Propiedad Horizontal 49/1960 de 21 de Julio (BOE 23 Julio 1960, núm. 176); para el suelo rústico la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables de 16 de Noviembre de 1979 (BOE 23 Noviembre, núm. 281) y la Ley de Arrendamientos Rústicos 83/1980 de 3 de Diciembre; para la propiedad de las aguas la Ley 29/1985 de 2 de Agosto de Aguas (BOE 8 Agosto, núm. 189); para la propiedad los montes la Ley 55/1980 de 11 de Noviembre de Montes Vecinales en Mano Común (BOE 21 de Noviembre); para la propiedad de bienes incorpóreos como las creaciones artísticas la Ley 22/1987 de 11 de Noviembre de Propiedad Intelectual (BOE 17 Noviembre, núm. 275); para la propiedad de determinados espacios naturales Ley 4/1989 de 27 de Marzo de Espacios Naturales protegidos y protección de animales y plantas (BOE 28 Marzo).

<sup>182</sup> Para una detenido análisis de esta nueva visión, LUCARELLI, FRANCESCO. "La proprietà pianificata", antes cit. pags. 201 y 202. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pag. 227 y ss. Más ampliamente y en un sentido general, resaltan también el carácter transformador de la idea de actividad en el ejercicio del derecho de propiedad, ASCARELLI, TULLIO. "Ordinamento giuridico e realtà sociale", cit. pags. 77 y ss. DAHRENDORF, RALF. "Proprietà e controllo: la scomposizione del capitale", cit. pags. 343 y ss.

<sup>183</sup> De la inmutable lógica del sistema tradicional construido en torno a la titularidad y la atribución de derechos se pasa a la funcional y dinámica perspectiva de la actividad y ejercicio del derecho. En opinión de COCO ("Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", cit. pags. 116 y 124.) "el concepto clásico de propiedad, recibido en su núcleo central, por el Código, encuadra el derecho en la fase estática [...]. Como se ha puesto de manifiesto, por propiedad no debe entenderse aquello que corresponde al modelo clásico". Inicialmente fue ya PUGLIATTI ("La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 264) quien resaltó la excepcionalidad del perfil estático del derecho de propiedad frente a la normalidad del perfil dinámico. En torno a un análisis de las tesis mantendidas por PUGLIATTI, es clarificador LEONE, GUGLIELMO. "Unità e pluralismo in tema di proprietà. (In margine al Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario). Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. Anno VII 1953, pags. 490 y ss. En la doctrina española: MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del

Superada la fase estática que identificó al liberalismo-individualista, la propiedad se sumerge hoy en una etapa dinámica, debido a la nueva posición que el propietario ocupa en el orden jurídico-social, caracterizada por la valoración de distintas relaciones y contrastantes intereses.

Al igual que sucedía con la perspectiva estática, el momento dinámico de la propiedad privada puede ser contemplado desde diversos puntos de vista.

A nuestro juicio, uno de los principales factores que influye directamente en la dinamización de la propiedad privada es la constitucionalización del principio de la función social. Con relación a la Constitución italiana, BARASSI había distinguido entre una función social límite y una función social impulsiva. La primera de ellas tiene una eficacia puramente negativa, ya que comprime desde el exterior el señorío que representa el derecho de propiedad. Por el contrario, la segunda de ellas (función social impulsiva) es dinámicamente positiva, porque determina los programas y controles oportunos para que la actividad económica se dirija a fines de carácter social.<sup>184</sup>

Por este motivo, nuestra atención ha de fijarse especialmente en la función social impulsiva. En base a ella, el legislador se halla legitimado no sólo para limitar o restringir las facultades que corresponden al propietario, sino también a establecer incentivos, o incluso obligaciones que le compelan a ejercitar su derecho en la forma más conveniente para el

---

Derecho Civil contemporáneo", cit. pags. 82 y 83. Se trata de ideas que son recogidas igualmente por MORENO QUESADA, RAFAEL. "La mejora de los bienes. Supuestos generales y teoría general", cit. pag. 123.

<sup>184</sup> Más ampliamente sobre la distinción entre la función social límite e impulsiva BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit. pag. 266 y pags. 269 y ss. En torno a su estudio y crítica, RESCIGNO, PIETRO. Voz "Proprietà", antes cit. pag. 274. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pags. 281 y ss.

interés social de la colectividad.

Así, en este último sentido, cuando los bienes que constituyan el objeto del derecho de propiedad revistan una especial trascendencia económica-social, el legislador estará perfectamente legitimado para exigir el comportamiento activo del propietario. Con esta finalidad puede imponerle auténticas obligaciones positivas de "hacer", a la vez que contemplar sanciones para el caso de incumplimiento de las mismas.

Se podría objetar a estas afirmaciones, que la preocupación por el ejercicio de los derechos nació con anterioridad a la aparición de la fórmula de la función social. Sería suficiente con recordar la doctrina del abuso del derecho y la prohibición de los actos de emulación que ya condenaban el ejercicio antisocial de la propiedad privada.

Precisamente, en la doctrina del abuso del derecho algún autor ha querido ver un símbolo de la superación de la fase estática de la propiedad privada.<sup>185</sup>

La doctrina del abuso del derecho es símbolo de preocupación por el ejercicio de los derechos, pero sin embargo todavía no supone una concepción dinámica *strictu sensu* de la propiedad privada. Las razones pueden ser varias:

Por un lado, los límites dominicales que se derivan de la prohibición del abuso del derecho tienen su origen en la protección de los intereses privados de otros propietarios particulares o titulares de distintos derechos subjetivos. La inicial concepción subjetiva del

---

<sup>185</sup> MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", pags. 82 y 83. Para el citado autor, "por la vía del abuso del derecho se abre paso a un cambio de perspectiva en el estudio del derecho subjetivo, que va a ser considerado, en adelante, más desde el punto de vista dinámico que desde el punto de vista estático". Casi literalmente se reproducen las palabras de MONTES en la obra de MORENO QUESADA, RAFAEL. "La mejora de los bienes. Supuestos generales y teoría general", antes cit. pag. 123.

abuso del derecho, a diferencia de lo que acontece con la teoría objetiva del mismo que construyó JOSSERAND, no tiene como presupuesto la realización del interés social de la colectividad, y por este motivo, no introduce una dimensión dinámica en el ejercicio de las facultades dominicales.

Por otro lado, lo más trascendente para que nos hallemos en la fase dinámica de la propiedad privada es que, en vía legislativa, se impongan al propietario deberes positivos que le obliguen jurídicamente a actuar, a realizar un comportamiento activo y no permanecer en una situación pasiva y absentista. El abuso del derecho sólo limita negativamente la actuación del titular dominical, en el sentido de que, incluso en la concepción objetiva canalizada en nuestro Código Civil mediante la interdicción del ejercicio antisocial del derecho, le obliga a abstenerse de realizar conductas que dañen el derecho de los demás o causen un perjuicio a la entera colectividad social. No se obliga al propietario a actuar en sentido social, sino simplemente a abstenerse de hacerlo en un modo antisocial.

La actual dimensión dinámica de la propiedad se deja sentir muy especialmente tanto en el ámbito de la propiedad del suelo urbano, como en el contexto de la propiedad agraria.

Respecto a la propiedad privada del suelo urbano, es digno de resaltar que el éxodo masivo de población del campo a la ciudad trajo consigo la acuciante necesidad de organizar y planificar ordenadamente el crecimiento de los incipientes núcleos urbanos. Como solución a esta problemática se comenzó a imponer limitaciones al libre ejercicio de las facultades de goce, uso y disposición contenidas en el derecho de propiedad privada inmobiliaria urbana.<sup>186</sup>

---

<sup>186</sup> Como señala DIEZ PICAZO, LUIS. ("Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado. (Dos esbozos)", Ed. Cívitas, Madrid 1979, pag. 60) "La propiedad urbanística, como propiedad comprimida, es una propiedad sometida a limitaciones".



En este entendimiento y frente a lo que en el ámbito del Derecho Común dispone el Código Civil en su artículo 350, la legislación especial urbanística impide al propietario del suelo urbano ejercitar la facultad de edificar en la forma y tiempo que estime pertinente, dotar a sus edificaciones del volumen que desee, o adquirir la totalidad de las plusvalías derivadas de la urbanización.<sup>187</sup> Es en este contexto en donde se ubican arts. como el 61 y 76 de las Leyes del Suelo de 1956 y 1976 respectivamente. Ambos preceptos disponían: "Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites, y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o en virtud de la misma por los planes de ordenación, con arreglo a la calificación de los predios".

Sin embargo, no bastaba con restringir negativamente el libre ejercicio de los poderes dominicales, sino que además era imprescindible establecer auténticas obligaciones positivas que encauzaran la actuación del propietario hacia la consecución de los fines de interés general y social que se pretenden alcanzar con la disciplina jurídica del suelo urbano. Indudablemente, este tipo de obligaciones se hallaba ya presente en las Leyes de 1956 y 1976, pero, no obstante, a nadie se le oculta que su trascendencia se ve enormemente potenciada con la llegada del TR de 1992, en donde el legislador recurre de manera frecuente y reiterada a la imposición de obligaciones positivas como instrumentos que concretan la acción de la función social en el marco de la propiedad inmobiliaria urbana.

Así, a título de ejemplo, el Art. 19 TR dispone que la aprobación del planeamiento preciso determina el deber de los propietarios de incorporarse al proceso urbanizador y edificatorio; el Art. 20 impone los deberes de ceder terrenos, costear la urbanización, solicitar

---

<sup>187</sup> Teniendo en cuenta este punto de vista, el Tribunal Supremo ha llegado a reconocer que "la aparición de lo que se ha dado en llamar propiedad urbanística, ha generado la existencia de un tipo de la misma que se aparta de la clásica meramente civilística". Vid. entre otras, SSTs. 7 Octubre 1980 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA. 5116), 10 Febrero 1981 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 1065), 27 Enero 1982 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 364).

la licencia y edificar en los plazos establecidos en la misma. En resumidas cuentas, la Ley de 1992 exige al propietario la realización de ciertos comportamientos activos, pero esa exigencia es de carácter imperativo, pues si se falta a la conducta legalmente requerida, se procederá a la expropiación o venta forzosa de aquellos terrenos sobre los cuales se ha adoptado una conducta pasiva, inactiva o absentista (Arts. 206 y ss y 227 TR). De ello se puede concluir que la Ley de 1992 prima y dota de preferencia al dinamismo y actividad en la propiedad inmobiliaria urbana frente al absentismo y pasividad de los titulares dominicales que no cumplan con las obligaciones positivas de hacer y actuar que se les imponen por razón del interés social de la entera colectividad.

Por lo que atañe a la propiedad agraria, la ausencia de afanes productivistas favorecida por la política abstencionista liberal da paso a una legislación agraria acentuadamente social, preocupada por aspectos como la actividad del propietario agrícola y el aumento de la productividad.<sup>188</sup>

---

<sup>188</sup> Destacaba CASTAN ("Familia y propiedad. La propiedad familiar en la esfera Civil y en la del Derecho Agrario. Ed. Reus, Madrid 1956, pag. 85) que "el liberalismo económico, aliado con el individualismo político jurídico favoreció muy poco a la producción agraria. Su postura abstencionista; su despreocupación ante la etapa económica de la distribución de los bienes, su olvido de los fines humanos a que éstos están naturalmente destinados, hubieron de ser fatales para la agricultura." La ausencia de afanes productivistas y de una perspectiva dinámica en la propiedad agrícola liberal fue también puesta de manifiesto por BALLARIN MARCIAL, ALBERTO ("Nueva función social de la propiedad rústica". Riv. Dir. Agr. Tomo LI, 1972, pags. 48 y 49.) aportando, como medio de prueba de sus afirmaciones específicas disposiciones del Código Civil. Así, escribía el mencionado agrarista: "La ausencia de afanes productivistas -y no digamos sociales- se puso de manifiesto en una serie de artículos desalentadores de las mejoras, como en el 487 (las mejoras hechas por el usufructuario o por el arrendatario no serán indemnizables). La filosofía que subyace al régimen del Código Civil es la liberal individualista." Los problemas a los que había abocado la política liberal dan lugar al nacimiento de una nueva concepción que acentúa los aspectos sociales y económico-productivos de la propiedad agraria. En este sentido el propio BALLARIN (op. cit. ibidem) afirmaba que el espíritu abstencionista liberal "ha sido sustituido por lo que en otro lugar hemos llamado preocupación "productivista" y "social" del Derecho Agrario". Por su parte, SOLDEVILLA Y VILLAR, ANTONIO ("Derecho Agrario. Lecciones para un curso". Vol II. Parte Especial 1ª. Edita el propio autor, Valladolid 1992, pags. 283 y 284.) estima que "el contenido de la relación jurídica agraria constituye en amplio sentido la actividad del titular o sujeto sobre el objeto que recae la misma y presupone una actuación dinámica, ya que la agricultura como en general todo el sector agrario es funcionalidad y dinamismo. [...]".

Este espíritu dinámico y social trae causa de una nueva concepción jurídico-económica de la tierra como fundamental objeto de la propiedad agraria.

Comienza a generalizarse la idea de que la tierra constituye una de las principales riquezas de cada sociedad. Por este motivo, el ejercicio del derecho de propiedad sobre la misma se conecta con las exigencias sociales de la comunidad. El propietario gozando y disponiendo de su terreno no actúa sólo en provecho propio, sino también en beneficio del interés social.<sup>189</sup> Tal y como acertadamente decía IHERING "la tierra no existe sólo para el propietario, sino igualmente para la sociedad".<sup>190</sup>

Los intereses económicos y sociales, a los que ahora se liga la propiedad agrícola, exigen que la tierra se mantenga fecunda y productiva.<sup>191</sup> La sociedad se encuentra interesada en que el suelo produzca, y por este motivo se comienzan a reprimir jurídicamente las conductas absentistas de quienes dejan incultos sus terrenos.<sup>192</sup> Surge en el mundo del Derecho el problema de la actividad. Ello significa, como señala IRTI, que si el bien está destinado a producir, sobre su titular gravará un deber de actividad.<sup>193</sup>

---

<sup>189</sup> Son ideas mantenidas por LICHOROWICZ, ALEKSANDER. "La proprietà fondiario-agricola e la costruzione civilistica del diritto di proprietà". Riv. Dir. Agr., 1984. Parte Prima, pag. 21.

<sup>190</sup> IHERING, RUDOLF VON. "El fin del Derecho", antes cit. pag. 250.

<sup>191</sup> Manifestándose a favor de una concepción dinámica y activa de la propiedad de la tierra, con su habitual brillantez, afirmaba IHERING que "La ley puede permanecer muda, pues por sí mismo toma el hombre la dirección verdadera, guiado por su propio interés y su inclinación natural. Pero, si grandes extensiones se hallan sin cultivo, si crecen malas hierbas allí donde podría germinar el grano, si comarcas enteras están abandonadas al solo placer de la caza, sin que el arado trace en ella un surco, ¿deberá la sociedad permanecer impasible?". IHERING, RUDOLF VON. "El fin en el Derecho", antes cit. pags. 249 y 250.

<sup>192</sup> Ibidem. Supra.

<sup>193</sup> IRTI, NATALINO. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", cit. pag. 42.

Es decir, el propietario agrícola ya no es solamente el dueño de una tierra sobre la que se le reconoce ilimitadas posibilidades de actuación. Por el mero hecho de ser titular dominical se le impone la obligación de explotar la tierra que le pertenece atendiendo al interés económico y social de la comunidad.<sup>194</sup>

Por lo tanto, se trata no sólo de obligaciones negativas que consisten en abstenerse de llevar a cabo ciertos comportamientos, sino de auténticas obligaciones positivas "de hacer", que exigen del propietario un comportamiento dinámico y activo sobre la tierra<sup>195</sup> que, de este modo, se liga indisolublemente a la fuerza del trabajo que la hace productiva.<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> MARTIN BALLESTERO Y COSTEA, LUIS. "La obligación de hacer en las fincas rústicas". Riv. Dir. Agr. Tomo LI, 1972, pag. 541.

<sup>195</sup> La imposición de la obligación de cultivar es desarrollo de la función social que el derecho de propiedad ha de cumplir en su ejercicio y que se hallaba ya recogida en las Leyes Fundamentales del Régimen Franquista, aunque con connotaciones y particularidades muy distintas a las presentes en la vigente Constitución Española de 1978. En vía legislativa constituyen ejemplos clásicos de la obligación de cultivar la Ley de 21 de Julio de 1971 sobre el Régimen de comarcas y fincas mejorables (Art. 1), la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de Enero de 1973 (Art. 1). Tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 destaca la Ley de 16 de Noviembre de 1979 sobre Fincas Manifiestamente Mejorables (Arts. 1 y ss), y en el marco autonómico la Ley 8 de Abril de 1987 del Parlamento Extremeño sobre Riegos y regulación de las tierras de regadío y la Ley andaluza 3 de Julio de 1984 sobre Reforma Agraria. Por su parte, la doctrina también ha señalado la obligación de cultivar que en la actualidad pesa sobre el propietario agrícola. Entre otros autores merecen ser destacados: GARCIA CANTERO, GABRIEL. "Il Diritto Agrario nella nuova Costituzione Spagnola", en Riv. Dir. Agr. Anno LVIII, 1979, pags. 8 a 10. LUNA SERRANO, AGUSTIN. "Il Diritto Agrario e la Costituzione Spagnola del 1978: fondamenti costituzionali della proprietà e dell'impresa agrarie", en Riv. Dir. Agr. Anno LXIV, 1985, Parte Prima, pags. 59 y 60. MARTIN BALLESTERO Y COSTEA, LUIS. "La obligación de hacer en las fincas rústicas", antes cit. pags. 541, 546, 552 y ss. BALLARIN MARCIAL, ALBERTO. "Nueva función social de la propiedad rústica", antes cit. pags. 54 y 55. LICHOROWICZ, ALEKSANDER. "La proprietà fondiario-agraria e la costruzione civilistica del diritto di proprietà", antes cit. pags. 25 y ss. SOLDEVILLA Y VILLAR, ANTONIO. "Derecho Agrario. Lecciones para un curso", antes cit. pag. 287 y ss.

<sup>196</sup> Tal y como declaraba PUGLIATTI ("La proprietà nel nuvo Diritto, antes cit. pag. 263.), "La natural potencialidad productiva de la tierra deviene actual producción, por el trabajo del hombre. Con el trabajo, la tierra se humaniza, deviene espiritual posesión y propiedad del hombre, no cosa, no naturaleza, dominada del caso o de la causalidad, sino nodriza del hombre que la cuida, la cultiva." La ligazón entre propiedad de la tierra y trabajo ha sido también resaltada, entre otros autores por: IANNELLI, ANTONIO. "La proprietà costituzionale", antes cit. pag. 105. SALARIS, FERNANDO. "Sulla metamorfosi del proprietà agricola", in Rivista di Diritto Agrario, anno LII, 1973, pag. 179. IRTI, NATALINO. "Proprietà e impresa". Ed. Eugenio Jovene, Napoli 1965, pags. 106 y 107.

El aspecto dinámico de la propiedad conlleva que la disciplina jurídica del dominio agrario ya no esté dominada por la consideración de la pertenencia o titularidad, sino por la actividad productiva del propietario organizada, muchas veces, a modo de empresa.<sup>197</sup> Es así como la visión liberal del "tener", del "haber" ha sido sustituida por la perspectiva social del "producir", lo que supone un acercamiento de la propiedad agraria al concepto de empresa.

El centro de gravedad de la legislación pasa de la tutela defensiva de los poderes del titular dominical a una acción promocional de la actividad agrícola. Con esta finalidad promocional diversas disposiciones legislativas otorgan preferencia al cultivador activo sobre el propietario inerte y abstencionista que no explota las tierras que le pertenecen.<sup>198</sup>

Un ejemplo clásico lo podemos encontrar en el ordenamiento jurídico italiano con la legislación sobre Asignación de Tierras Incultas. En esta normativa, se contemplaba la posibilidad de que los terrenos no explotados pudiesen ser asignados a Cooperativas de labradores para que los cultivasen directamente, correspondiendo un pequeño canon al propietario. De igual modo, se contemplaban medidas normativas con las que se pretendía

---

Idem. "Dal Diritto Civile al Diritto Agrario", cit. pag. 42.

<sup>197</sup> Resaltan el acercamiento de la propiedad agraria activa y productiva al concepto de empresa, entre otros autores: SAVATIER, RENE. "Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui", cit. pags. 204 y ss. ROMAGNOLI, EMILIO. "Il sistema della proprietà fondiaria in Italia". Riv. Dir. Agr. Anno LXVII, 1988, pag. 154. MAZZU, CARLO. "Proprietà e società pluralista", antes cit. pag. 207. MARTIN BALLESTERO Y COSTEA, LUIS. "La obligación de hacer en las fincas rústicas", antes cit. pag. 547.

<sup>198</sup> CANTELMO, VICENZO ERNESTO. "Strutture e forme della proprietà: l'aspetto agricolo", antes cit. pag. 45, en donde se señala que de lo que se trata simplemente es de promover en vía legislativa que si el propietario no cultiva la tierra que le pertenece, pueda hacerlo una tercera persona no propietario pero que sí la cultive y la mantenga productiva. En la misma línea PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes. cit. pag. 269 y ss.

facilitar legislativamente el acceso a la propiedad de la tierra a quien la cultiva.<sup>199</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico pueden ser también encontradas disposiciones legislativas en las que se atribuye una especial prevalencia al agricultor cultivador frente al propietario abstencionista.

En esta línea parecían discurrir instituciones propias del Derecho Civil de Galicia como los foros, los subforos y otros gravámenes análogos. En un principio, la finalidad del foro era remediar una necesidad social, evitando que quedasen incultas o improductivas grandes extensiones de tierra. Para ello, frente al propietario absentista, se dotaba de preferencia al cultivador de la tierra reconociéndole un dominio útil sobre la misma, a cambio del cual debía satisfacer una pensión y otras prestaciones al originario titular del dominio directo.

Esta inicial preferencia que se otorgaba al agricultor cultivador se consolida a partir del instante en que la propia Exposición de Motivos de la Ley 147/1963 de 2 de Diciembre sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia (BOE 5 Diciembre) señalaba que había llegado el momento de facilitar la extinción de los foros subsistentes<sup>200</sup>, debido a que, habiendo éstos cumplido ya la alta función que se les encomendaba, el paso del tiempo y lo distante de la fecha de su constitución, los había convertido en una pesada carga que gravaba

---

<sup>199</sup> Para una referencia más amplia sobre la legislación de Asignación de Tierras Incultas en Italia Vid. RUBINO, DOMENICO. "Modernas tendencias sobre los límites del derecho de propiedad en Italia.", antes cit. pag. 204. SALARIS, FERNANDO. "Sulla metamorfosi della proprietà agricola", antes cit. pag. 189.

<sup>200</sup> Cabe destacar que, por razón de la asimilación de los foros al censo enfitéutico y, por lo tanto, a su posibilidad de redención efectuada por el Art. 1655 Cc., en este momento son ya pocos los foros subsistentes.

la propiedad y dificultaba en exceso su circulación. En síntesis, con la extinción de los foros<sup>201</sup> la preferencia que en un principio se concedía al agricultor cultivador se confirma definitivamente convirtiendo en plena su propiedad, mediante la añadidura del dominio directo al dominio útil que sólo anteriormente le correspondía.

En el ámbito de las disposiciones legislativas que conceden preferencia al agricultor cultivador frente al propietario absentista también resultan encuadrables las normas que, en materia de Arrendamientos Rústicos, preveen el acceso a la propiedad de la tierra del arrendatario cultivador.

Así, la antigua y ya derogada Ley de prórrogas, rentas y acceso a la propiedad de 15 de Julio de 1954 contemplaba la posibilidad de que el arrendatario de una finca sujeto a un arrendamiento protegido<sup>202</sup> se convirtiese en propietario de la tierra que llevaba en arriendo, capitalizando y pagando de una vez el precio del mismo.<sup>203</sup>

---

<sup>201</sup> El proceso de supresión de los foros culmina con la Ley 7/1987 de 10 de Noviembre sobre la Compilación del Derecho Civil de Galicia (DOGA núm. 12 de 20 de Enero de 1988 y BOE núm 33 de 8 de Febrero de 1988) que suprime la regulación de los mismos antes contenida en los Arts. 3 y ss. de la Compilación de 1963, pese a la manifiesta afirmación, contenida en la Exposición de Motivos, de que éstos estaban llamados a desaparecer.

<sup>202</sup> Se consideraban por la Ley de 15 de Julio de 1954 arrendamientos protegidos aquellos que satisfacían una renta igual o inferior a los cuarenta quintales métricos de trigo. Al respecto Art. 1 de la Ley citada.

<sup>203</sup> El Art. 3 de la Ley de 15 de Julio de 1954 sobre prórrogas, rentas y acceso a la propiedad disponía: "El colono que se hallase al corriente en el pago del canon arrendaticio podrá durante el tiempo de la prórroga establecida en el artículo 1 y siempre que el arrendador o la persona subrogada en sus derechos no hubiese recabado la entrega del predio para su cultivo directo y personal, ejercitar el derecho de acceso a la propiedad del mismo avisando al arrendador su propósito en tal sentido con seis meses de antelación al término del año agrícola correspondiente y satisfaciéndole al contado, dentro de dicho plazo, una cantidad en numerario equivalente al resultado de capitalizar al dos por ciento el valor de la cantidad de trigo por la que en el año agrícola 1953-54 se module la renta al precio fijado para dicho cereal, sin premios ni bonificaciones en la campaña triguera correspondiente a la fecha en que se ejercita el derecho de acceso".

En sentido análogo se pronuncia la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de Diciembre de 1980, cuando en sus Arts. 84 y ss. se refiere al acceso a la propiedad. Además del derecho de tanteo y retracto reconocido al arrendatario cultivador (Arts. 84 a 97), se recoge también en la LAR el régimen de la adquisición forzosa (Arts. 98 y 99), en el que nos interesa especialmente el derecho al acceso a la propiedad del arrendatario que cultiva personalmente la finca arrendada, cuyo contrato fuese anterior al 1 de agosto de 1942 y cuya renta hubiera sido regulada por una cantidad de trigo no superior a cuarenta quintales métricos. Se trata de una reminiscencia de los arrendamientos que denominaban protegidos la Ley de 15 de Julio de 1954 y con anterioridad la Ley de 23 de Julio de 1942 de Régimen de Arrendamientos Rústicos.

En definitiva, tal y como resalta MARTIN BALLESTERO, en estos casos, como en otros muchos de la legislación agraria española, se está buscando incesantemente el medio de hacer propietarios a los cultivadores directos de la tierra, concediéndoles estímulos y ventajas para un mayor rendimiento económico y una explotación más racional de la agricultura.<sup>204</sup>

Sin embargo, la preferencia que se concede al agricultor cultivador frente al propietario

---

<sup>204</sup> MARTIN BALLESTERO Y COSTEA, LUIS. "La obligación de hacer en las fincas rústicas", antes cit. pag. 553 y 554. LEAL, ALEJO. "El acceso del cultivador a la pequeña propiedad". Sem. Sociales de España. T. IX, 1950, pag. 317. Con casi profética anterioridad el VIZCONDE DE EZA en su ensayo "Requisitos indispensables para la difusión de la propiedad privada. Su aplicación en España" (Ed. Imprenta Helénica, Madrid 1924, ahora. pags. 80 a 82) defendía el carácter social y dinámico que debía imprimirse a la propiedad agraria. Así, literalmente afirmaba que "nosotros ambicionamos que paulatina, legal, jurídica y evolutivamente, todos los que no son propietarios lleguen a serlo. Es decir, que las doctrinas radicales reniegan de la propiedad privada y nosotros la ensalzamos al rango de primer estímulo del progreso y de la civilización". [...] "La propiedad en el campo sólo puede difundirse en proporción directa al incremento que alcancen los principios de sociabilidad en las formas modernas para el crédito, para la compra, para la venta y para los seguros proporciona hoy la mutualidad y la cooperación. Así, tendremos propietarios, pero propietarios socializados". [...] "Este estudio ha de partir siempre de la base del respeto al derecho de propiedad y con la mira de extenderlo al mayor número posible de ciudadanos".



inerte, no es sino un medio para la consecución de la finalidad fundamental que persigue ahora la legislación agraria española: dotar de un carácter dinámico al ejercicio de la propiedad de la tierra, mediante la acción promocional de la actividad agrícola.

Como ejemplo, de nuevo podemos traer a colación el sistema de acceso a la propiedad regulado en la LAR. El objetivo fundamental que pretende la LAR con este tipo de sistema de acceso es que la tierra productiva se mantenga cultivada, independientemente de quien sea el que la cultive. Lo cierto es que se dota de preferencia al agricultor cultivador, ya sea propietario o arrendatario.

Prueba de ello es que tanto el mantenimiento en la propiedad por el arrendador, como el acceso a la misma por el arrendatario, están totalmente subordinados a la imprescindible condición de proceder a la explotación y cultivo personal de la tierra en cuestión. Así, para el caso de que el arrendador haya recabado la entrega de la finca para cultivarla personalmente, por sí o por alguno de sus herederos forzosos, si éste incumple la obligación del cultivo personal, se reconoce al arrendatario el derecho a la adquisición de la propiedad y la indemnización de los daños y perjuicios que hubiere sufrido (apartados 3 y 4 Art. 99 LAR).

El fin primordial de estos preceptos de la LAR es mantener cultivadas las tierras productivas, porque para el caso de que el arrendatario incumpla su deber de cultivo personal, el arrendador podrá resolver la transmisión con derecho a indemnización de daños y perjuicios y recuperar la finca libre de arrendatarios u ocupantes (apartado 5 Art. 99 LAR).

## **2. DEL CONCEPTO UNITARIO DE PROPIEDAD PRIVADA A LA DIVERSIDAD DE REGIMENES JURIDICOS DOMINICALES.**

Hasta este punto, hemos querido resaltar que la propiedad privada ya no se muestra como reflejo de la unicidad y esencialidad del sujeto titular, sino como un derecho condicionado en su ejercicio por la complejidad de las cosas y por la diferente trascendencia social de los bienes que constituyen su objeto.

Esta nueva dimensión objetiva, en donde los bienes adquieren un protagonismo especial, es asumida por disposiciones legislativas que progresivamente se apartan de la disciplina codificada, al consagrar principios divergentes a los allí contenidos.

Debido a los cambios políticos, sociales y económicos que vertiginosamente se suceden desde principios del Siglo XX, la disciplina codificada de la propiedad deviene insuficiente para dar respuesta a los problemas que en la práctica se plantean. Estas dificultades encuentran solución en los específicos regímenes jurídicos que se recogen en las leyes especiales en materia de propiedad privada.

Por razón de la multiplicación cuantitativa de las estas leyes, la doctrina comienza a plantearse la cuestión de si es posible reconducir al concepto codificado la variedad de tipos legislativos que la propiedad reviste en la actualidad.<sup>205</sup>

Ante la diversificación que representan las leyes especiales, no faltaron autores que se apresuraron en afirmar que la propiedad ya no se muestra como un concepto unívoco, porque

---

<sup>205</sup> PIETRO, RESCIGNO. "Per un studio sulla proprietà", antes cit. pag. 20. LASARTE, CARLOS. "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: pluralismo de la propiedad privada", antes cit. pag. 26.

ha sido sustituida por las propiedades. En resumidas cuentas, se dice ya no existe la propiedad, sino las propiedades.

Fue PIERRE JOSSEERAND quien en primer lugar se percató de la diversificación dominical, lo que le llevó a afirmar que "no hay propiedad; hay propiedades porque el interés de la sociedad exige que la apropiación de los bienes se sujete a estatutos en armonía con los fines perseguidos, los cuales varían mucho. [...] El derecho de propiedad es uno de los más flexibles y variados dentro de las diversas categorías jurídicas; su plasticidad es infinita".<sup>206</sup>

Con posterioridad, en la Italia fascista FILIPPO VASSALLI<sup>207</sup> retomaba casi literalmente las palabras pronunciadas por JOSSEERAND cuando afirmaba que "no hay una sola propiedad, sino diversas propiedades, en cuanto el interés publico es que la apropiación de los bienes comporte estatutos distintos en armonía con los objetivos perseguidos, los cuales varían mucho".<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> JOSSEERAND, PIERRE. "Derecho Civil". Tomo I, Vol. III. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1950, pags. 139 y 140. Es traducción de la obra original francesa "Cours de Droit Positiv Francais", Vol. I. Paris 1938.

<sup>207</sup> VASSALLI, FILIPPO. "Il diritto di proprietà". Relazione al Primo Congresso Giuridico italiano, in Atti a cura del Sindicato Nazionale Fascista avvocati e procuratori. Vol. I, 1933, pags. 405 y ss. Posteriormente publicado en Studi Giuridici. Soc. Editora del Foro italiano, Roma 1939, pags. 459 y ss. Citados por las referencias bibliográficas facilitadas por LASARTE, CARLOS. "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: pluralismo de la propiedad", antes cit. pag. 26.

<sup>208</sup> De las palabras de VASSALLI, parece deducirse que el autor italiano se limitó a traducir a su idioma lo que anteriormente había puesto de manifiesto JOSSEERAND, con la única diferencia de no hacer alusión alguna a la plasticidad de la propiedad privada a la que se refería el autor francés. Las afirmaciones de ambos autores han sido recogidas por la mayor parte de la doctrina que en alguna de sus obras ha hecho alusión al problema de la propiedad y las propiedades. Así, destacan principalmente: NATOLI, UGO. "La proprietà. Appunti delle lezioni", cit. pag. 6. CANTELMO, VINCENZO ERNESTO. "Struttura e forme della proprietà: l'aspetto agricolo", cit. pag. 19. COMPORTI, MARCO. "Considerazioni sulla proprietà e sui diritti reali nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio", antes cit. pag. 469. Idem. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", cit. pag. 311. RODOTA, STEFANO. "Intorno alla proprietà. Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi", antes cit. pags. 453 y 454. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel

Sin embargo, es en torno a los años cincuenta del presente siglo cuando el debate sobre la propiedad y las propiedades se hace mucho más intenso. Ello es debido a que en esta época surge un estudio ingenioso y original de SALVATORE PUGLIATTI, intitulado "La proprietà e le proprietà".<sup>209</sup>

Comenzaba su análisis PUGLIATTI citando las palabras de VASSALLI, pero recordando que éstas habían sido tomadas directamente de la lectura de JOSSERAND.<sup>210</sup>

---

nuovo Diritto", antes cit. pag. 148. DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El urbanismo desde la perspectiva del Derecho Privado", en RDP, XLV, 1961, pag. 296. Idem. "Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas", en ADC, Tomo 33 I, 1980, pag. 15. Idem. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pags. 114 y 115. Idem. Voz "Propiedad", antes cit., pag. 932. DIEZ-PICAZO, LUIS. "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", cit. pags. 1259 y 1260. LASARTE, CARLOS. "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: pluralismo de la propiedad privada", antes cit. pags. 26 y 27. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", cit. pag. 100. REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", cit. pag. 108. La doctrina aludida en el texto parece ser también recogida por el Tribunal Constitucional, cuando en Fto. Jco. 2º de la STC 37/1987 de 26 de Marzo afirma literalmente que *"la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación del instituto dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae"*. La postura adoptada por el Tribunal Constitucional en esta materia se ha visto, en ocasiones, también reflejada en la jurisprudencia menor. A título de ejemplo véanse las SS. de la AP de Pontevedra de 22 de Diciembre de 1993 Fto. Dcho. 1º (R.A.Civ. 2420) y 25 Mayo 1994 Fto. Dcho. 1º (R.A. Civ. 903) en donde, por remisión expresa a la STC 37/1987, se afirma que *"la progresiva incorporación de finalidades sociales, relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, ha producido una diversificación del instituto dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso, de aquí que se venga reconociendo la existencia de distintos tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae."*

<sup>209</sup> Se trata de la ponencia presentada por el citado autor en el Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario (Palermo 19-23 Octubre de 1952). Posteriormente es publicada esta obra bajo un volumen en el que se contienen otros trabajos del autor italiano, bajo el título "La proprietà nel nuovo Diritto", ya citado con anterioridad y es el que ahora manejamos en nuestro estudio.

<sup>210</sup> PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 148, en concreto nota núm 8.

El autor italiano, finalizaba su investigación afirmando literalmente "que en síntesis podemos declarar que la palabra "propiedad" no tiene hoy, si lo ha tenido alguna vez, un significado unívoco. Al contrario ella designa demasiadas cosas [...]. En cada caso el uso de ella, con las cautelas y las clarificaciones necesarias no puede ahora ya mantener la ilusión que a la unicidad del término corresponda la real unidad de un sólido y compacto instituto."<sup>211</sup>

No pocos autores quedaron deslumbrados por las atrayentes palabras de PUGLIATTI, no dudando en aseverar convencidamente que la propiedad había dejado de existir para dar paso a las propiedades.<sup>212</sup>

Así, y desde un punto de vista terminológico, COCO entiende que es un evidente error querer recomponer todas las propiedades en un sistema orgánico y unitario, porque éstas son tantas como categorías distintas de bienes pueden constituir su objeto y como intereses pueden proyectarse sobre su ejercicio.<sup>213</sup>

Otros como PIETRO PERLINGIERI y FAIREN MARTINEZ<sup>214</sup> se muestran a favor de la inexistencia de un concepto unitario de propiedad privada, apoyándose en la gran

---

<sup>211</sup> Ibidem. pag. 309.

<sup>212</sup> Incluso, en base a este razonamiento, se ha llegado a afirmar que el concepto de propiedad se halla en crisis debido a la siempre creciente necesidad de su reconstrucción unitaria. En este sentido SALARIS, FERNANDO. "Sulla metamorfosi della proprietà agricola", antes cit. pag. 175.

<sup>213</sup> COCO, GIOVANNI SILVO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 214.

<sup>214</sup> PERLINGIERI, PIETRO. "Por un Derecho Civil Constitucional español", antes cit. pag. 15. FAIREN MARTINEZ, MANUEL. "La propiedad: teoría de errores". RDP. XLVII, 1963 (Enero-Diciembre), pags. 138 y 139. Igualmente TABET y OTTOLENGHI se manifiestan a favor de la diversificación de los estatutos dominicales cuando consideran que el carácter unitario de la propiedad privada "es más escolástico que práctico y sobre el cual en vano se buscarían aplicaciones concretas y afirmaciones jurisprudenciales...". Al respecto Vid. TABET, ANDREA y OTTOLENGHI, OTTO. "La proprietà", in "Giurisprudenza sistematica Civile e Commerciale", diretta da Walter Bigiavi, Ed. Utet, Torino 1968, pag. 14.

distancia que, en este ámbito, se aprecia entre el plano dogmático-formal y el plano práctico u óntico. Para ambos autores, y especialmente para FAIREN, hablar de un concepto unívoco de propiedad es una ilusión, una etiqueta convencional que trata de esconder su real pluralidad y diversidad. Bajo ese edificio dogmático se pretende reconstruir una inexistente unidad. En suma, afirmar dogmáticamente la unidad dominical es ignorar y separarse radicalmente de la pluralidad y heterogeneidad que se aprecia en el ámbito práctico.

Sin embargo, aquellos sectores doctrinales que siguiendo al pie de la letra las palabras de PUGLIATTI sostuvieron la inexistencia de un concepto unívoco de propiedad, incurrieron en un evidente error de perspectiva. Quizás, las afirmaciones que se hacían al comienzo y fin del estudio impresionaron a estos autores de tal modo que les impidieron captar correctamente lo que a lo largo de toda su obra PUGLIATTI pretende poner de relieve.

El prestigioso autor italiano desarrolla en la misma un estudio pormenorizado de las particularidades de los distintos y concretos regímenes legislativos dominicales. Así, analiza las peculiaridades de la propiedad pública<sup>215</sup>, del condominio<sup>216</sup>, de la propiedad agrícola<sup>217</sup>, de la propiedad colectiva<sup>218</sup>, etc.

La única finalidad que PUGLIATTI parece perseguir con la utilización de este método es dilucidar si en la diversidad legislativa se puede apreciar todavía la unidad de la propiedad privada. Frente a aquellos sectores doctrinales que trataban de demostrar la diversidad dominical, mediante estudios que discurrían desde la unidad hacia la multiplicidad, el autor

---

<sup>215</sup> Op. cit. pags. 151 y ss.

<sup>216</sup> Op. cit. pags. 156 y ss.

<sup>217</sup> Op. cit. pags. 253 y ss.

<sup>218</sup> Op. cit. pags. 213 y ss.

italiano siguió el camino inverso partiendo de la pluralidad para retornar a la unidad.<sup>219</sup> Es decir, PUGLATTI se plantea si se puede decir que las propiedades siguen siendo la propiedad. Se trata de averiguar si en la diversidad existe un mínimo común denominador que permita seguir reconduciendo las diferentes categorías dominicales a un concepto jurídico unívoco.

A nuestro juicio, la respuesta a este interrogante ha de ser necesariamente positiva. El fenómeno de la diversificación dominical ha de plantearse en sus justos términos.

Es cierto que en la actualidad existe una pluralidad de estatutos jurídicos dominicales. Toda vez que por su trascendencia social los distintos bienes difieren mucho entre sí, la configuración de la esfera de acción del dueño por la norma será, en cada caso, muy distinta,<sup>220</sup> y por lo tanto, el régimen jurídico de la propiedad privada variará de un supuesto específico a otro.

No obstante, esta diversidad de estatutos no compromete la unidad conceptual de la propiedad privada, que se mantiene intacta,<sup>221</sup> pues ésta sigue representando el más amplio

---

<sup>219</sup> LEONE, GUGLIELMO. "Unità o pluralismo in tema di proprietà?", antes cit. pag. 487. LASARTE, CARLOS. "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: pluralismo de la propiedad privada", antes cit. pag. 29.

<sup>220</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. "Nociones de Derecho Civil Patrimonial, e Introducción al Derecho", antes cit. pag. 160.

<sup>221</sup> MAIORCA, CARLO. "Proprietà e antiggiuricità", in Riv. Dir. Civ. Anno XXXIII, 1941, pag. 5. DE MARTINO, FRANCESCO. "Commentario del Codice Civile", (Art. 832). A cura di A. Scialoja e G. Branca. Libro Terzo. Proprietà. Art. 810-956. 4ª Edición. Ed. Zanichelli, Bologna 1976, pags. 151 y 152. CANTELMO, VINCENZO ERNESTO. "Strutture e forma della proprietà: l'aspetto agricolo", cit. pag. 19.

poder que se puede tener sobre las cosas.<sup>222</sup>

Este es un dato común que se manifiesta en cada tipo dominical específico. Lo que sucede es que el abstracto poder que corresponde al propietario ha de precisarse en una muy determinada situación real, en la que sus facultades disminuyen, se limitan, restringen o aumentan en función de los intereses que se consideren dignos de protección jurídica en ese caso concreto.<sup>223</sup>

Así las cosas, estima BARASSI que el fenómeno de las propiedades sólo es una manifestación de la elasticidad del dominio.<sup>224</sup> Sin embargo, consideramos que no pueden ser reconducidos a este ámbito todos los casos en los que el poder del propietario se limita o restringe.

Lo esencial en la elasticidad es que una vez que desaparece la limitación o limitaciones que comprimían el poder del propietario, su derecho vuelve a reaparecer en toda magnitud. Sin embargo, no existe elasticidad en aquellas hipótesis en las que el derecho no pueda recuperar su plenitud por estar sometido a una limitación perpetua.

---

<sup>222</sup> No sin razón PUGLIATTI había calificado a la propiedad como el derecho real fundamental. El calificativo no es utilizado en sentido iusnaturalista, sino para indicar que la propiedad es el pilar esencial en donde encuentran apoyo todos los demás derechos reales. Por lo tanto, si los restantes derechos reales encuentran fundamento en la propiedad, no cabe duda de que ésta representa el poder y el señorío más amplio que se pueda tener sobre las cosas. Al respecto Vid. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", cit. pag. 132. NATOLI, UGO. "La proprietà: appunti delle lezioni", antes cit. pag. 8. CANTELMO, VINCENZO ERNESTO. "Strutture e forme della proprietà: l'aspetto agricolo", antes cit. pag. 19.

<sup>223</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. "Nociones de Derecho Civil, Patrimonial e Introducción al Derecho", antes cit. pag. 160. MORENO QUESADA, RAFAEL. "La mejora de los bienes. Supuestos genrales y teoría general", cit. pag. 128.

<sup>224</sup> BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit. pag. 29.



Podría ser este el caso de la función social de la propiedad privada. Los límites derivados de ésta no se imponen *a posteriori*. Es decir, no es que el dueño tuviera en un primer momento un derecho pleno y que posteriormente, por obra del interés social, se le restringiesen las facultades que inicialmente le correspondían. El derecho se adquiere ya con una función social que cumplir, la cual modaliza desde el interior y de forma permanente el contenido dominical.

No se trata de privar al propietario de unas facultades que anteriormente se le reconocían, sino que simplemente, por virtud del interés social de la colectividad, estas facultades ya no se reconocen desde un principio. El titular dominical ya no es libre de actuar en la manera que estime conveniente, porque sus posibilidades de acción y el contenido de su derecho aparece moldeado por la función social que ha de cumplirse en su ejercicio.

Por consiguiente, lo que cambia para cada caso específico no es el concepto de propiedad, sino su contenido. La diversificación lo es únicamente de su régimen jurídico, de sus estatutos, pero no de su concepto abstracto que sigue siendo unitario.<sup>225</sup>

Así pues, la multiplicación de las leyes especiales no es dato suficiente para poder afirmar que el concepto unitario de propiedad ha dejado de existir.

En primer lugar, la unidad dominical no se ve afectada por el crecimiento cuantitativo en los tipos de propiedades especiales. Es necesario tener presente que, aún cuando el Código Civil de 1889 asumía un rígido concepto unitario de la propiedad privada, se recogía también

---

<sup>225</sup> Como señala DIEZ PICAZO, "propiedad es un concepto jurídico unitario, de carácter excesivamente abstracto y formal, que en sí mismo no denota nada más que una relación de asignación y control de los bienes económicos o de la riqueza. Lo que se diversifica es su contenido, de acuerdo con la diversidad de su objeto. Más ampliamente, DIEZ PICAZO, LUIS. "Problemas jurídicos del urbanismo", en RAP núm. 43, Enero-Abril 1964, pag. 49.

en el Título IV de su Libro Segundo la regulación del régimen específico de "Algunas propiedades especiales".<sup>226</sup> Sin embargo, a nadie se le ocurría argumentar que la propiedad había desaparecido para dejar paso a las propiedades.

Y en segundo lugar, la unidad dominical tampoco se ve amenazada cuando el régimen jurídico de las propiedades especiales no se halle contenido en el Código, sino en leyes igualmente especiales.<sup>227</sup>

Prácticamente las leyes especiales han existido desde siempre y, por lo tanto, es posible que la diversidad de regímenes jurídicos dominicales sea una constante histórica.<sup>228</sup>

El propio Código Civil se refiere a las relaciones entre el Derecho Común y el

---

<sup>226</sup> En los Arts. 407 a 425 del Código Civil se contiene la regulación de la propiedad de las aguas, distinguiéndose entre el dominio público y privado, así como el aprovechamiento público y privado. A continuación, en los Arts. 426 y 427 se contempla el régimen jurídico codificado de la propiedad y aprovechamiento de los minerales. Para finalizar se regula en los Arts. 428 y 429 el régimen general de la propiedad intelectual.

<sup>227</sup> Entre otras son leyes especiales que afectan a la propiedad privada: Ley 2/1985 de 2 de Agosto sobre Aguas, (BOE 8 de Agosto, núm. 189), Ley 22/1987 de 11 de Noviembre sobre Propiedad Intelectual (BOE 17 Noviembre, núm. 275), Ley de Propiedad Horizontal de 21 de Julio de 1960 (BOE 23 Julio, núm. 176), Ley 11/1986 de 20 de Marzo de Patentes (BOE 26 Marzo, núm. 73), Ley 32/1988 de 10 de Noviembre de Marcas (BOE 12 Noviembre, núm. 272), Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (BOE 26 Junio núm. 156), Ley de 8 de Junio de 1957 de Montes, Ley 55/1980 de 11 de Noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común (BOE 21 Noviembre), Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de Febrero de 1946 (BOE 27, 28 Febrero y 14 Marzo 1946, núms. 58, 59 y 73), Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1954 (BOE. 17 Diciembre), etc, etc. Nos remitimos aquí también a las ya citadas Leyes en materia de propiedad agraria.

<sup>228</sup> En este entendimiento LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. ("Elementos de Derecho Civil. Tomo III, Vol. I, antes cit. pag. 182.) evocando a COSTANTINO (Contributo alla teoria della proprietà", Napoli 1967.) estima que "en rigor, la pluralidad de regímenes del dominio es una constante histórica [...] siendo moderno únicamente el mayor acento social de los diversos regímenes". Igualmente, DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El Derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pag. 161. Idem. Voz "Propiedad", antes cit. pag. 940.

Derecho Especial.<sup>229</sup> Ello prueba que ya en el momento de la Codificación existían leyes especiales. No tendría sentido que se contemplase la regulación de un problema que en la práctica no acontece o todavía no se ha planteado. En línea general y de principio, el legislador actúa casuísticamente para dar solución a conflictos que se han producido en la realidad y muy difícilmente lo hace con previsiones de futuro. No obstante, y aún en base al fenómeno de la existencia de leyes especiales, nadie dudaba de la unidad de la propiedad privada.

A estas consideraciones se podría objetar que en la actualidad la situación de la legislación especial ha cambiado radicalmente. Desde principios de Siglo, y particularmente desde la última postguerra, este tipo legislativo ha experimentado un incremento cuantitativo y una variación cualitativa, en tanto que se pone ahora un mayor acento en los aspectos sociales.

Sin embargo, la gran diversidad y cantidad de leyes especiales vigentes en la actualidad tampoco nos puede hacer dudar de la unidad conceptual dominical, debido a que por muy variada o específica que sea la legislación especial, ésta siempre mantiene una ligazón indisoluble con la disciplina codificada de la propiedad privada.

Las legislación especial suele contemplar una disciplina específica y particular para cada caso concreto. Por este motivo, y frente al Código que actúa como Derecho Común, la regulación en ella contenida puede ser tildada de incompleta e imperfecta.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> Así, en su redacción anterior a la Reforma de 1974, el Art. 16 del Título Preliminar del Código Civil disponía que "En las materias que se rigen por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código."

<sup>230</sup> DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pag. 149. Idem. Voz "Propiedad", antes cit. pag. 940.

En este marco, el Código Civil desempeña un trascendente papel como inexcusable punto de referencia, en donde las leyes especiales encuentran completitud. El Código de 1889 sigue siendo un elemento central en el ordenamiento jurídico privado, porque completa, organiza y sistematiza el *mare magnum* de leyes especiales. No en vano, en el apartado 3º del Art. 4 del Cc., se otorga a la disciplina codificada el carácter de Derecho Supletorio para las materias regidas por otras leyes.

Consecuentemente, la normativa dominical codificada constituye el centro de gravedad que otorga coherencia a la diversidad jurídica nacida de las leyes especiales. La unidad conceptual de la propiedad privada se reconstruye en torno a su disciplina codificada, la cual garantiza una cierta homogeneidad entre los distintos y muy particulares regímenes jurídicos dominicales.

Sin embargo, aunque se prescinda del Código Civil, tampoco se podrá afirmar que la unidad de la propiedad privada se ha roto, porque su disciplina constitucional la sigue garantizando, ya no sólo a nivel conceptual, sino también a nivel de contenido.

La función social reconocida por la Constitución se concreta por el legislador para cada caso específico con muy distinto alcance, dependiendo de la categoría de bienes que constituya el objeto del derecho de propiedad.

Por lo tanto, es claro que el principio constitucional de la función social contribuye a diversificar el régimen jurídico dominical. Empero, la difusión de esta diversificación se ve restringida por el hecho de que cuando el legislador proceda a concretar la función social de la propiedad ha de respetar en cada supuesto su contenido esencial, constitucionalmente garantizado en el Art. 53.1 CE.

Es decir, por muy dispar que sea el régimen jurídico de la propiedad privada, siempre resulta identificable un mínimo común denominador que asegura la unidad y homogeneidad en los diferentes estatutos dominicales. Este es el contenido esencial.<sup>231</sup>

En una línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia 11/1981 de 8 de Abril (Fto. Jco. 8º) y continuada en las Sentencias 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º), 196/1987 de 11 de Diciembre (Fto. Jco. 5º) y 89/1994 de 17 de Marzo (Fto. Jco. 4º), el Tribunal Constitucional adopta la teoría de la reconocibilidad como uno de los criterios para determinar el contenido esencial de cualquier derecho subjetivo. Para nuestro Alto Tribunal *"la determinación del contenido esencial de cualquier derecho subjetivo viene marcada en cada caso por las posibilidades de actuación para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales, deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así"*.

En este sentido, concurren siempre unas facultades identificativas de la fisonomía del derecho que están presentes en cada situación particular de propiedad, porque si éstas no existieran, esta situación dejaría de mostrarse como tal, para pasar a ser otro derecho distinto.

Quiere ello decir, que cuando falten esas facultades identificativas de la fisonomía esencial, no podremos mantener que la propiedad como concepto unívoco ha dejado paso a las propiedades. Por el contrario, en esa hipótesis específica, ya no estaremos en presencia del régimen jurídico de la propiedad privada, sino de cualquier otro derecho diferente.

En suma, siempre hay un mínimo esencial, unas características constantes que se

---

<sup>231</sup> En opinión de REY MARTINEZ ("La propiedad privada en la Constitución española", cit. pag. 254) el contenido esencial de la propiedad constitucional y la exigencia de su tutela judicial "unifican los estatutos dominicales que se derivan de los diversos objetos posibles del derecho".

proyectan en cada situación dominical, por muy diverso que sea su régimen jurídico. Ese mínimo común denominador que representa el contenido esencial garantiza la unidad de la propiedad privada.

Por otra parte, constituye una prueba de la existencia de una esencia común en las diferentes situaciones dominicales, el hecho de que todas ellas siguen quedando encuadradas bajo el término "Propiedad".

Tal y como señala COCO, esta precisión terminológica no carece de utilidad.<sup>232</sup>

Es un dato evidente e indiscutible que en el lenguaje jurídico común seguimos utilizando la expresión "propiedad" para designar aquellas distintas posiciones que puede ocupar el sujeto propietario. Ello responde a que, en las diversas situaciones dominicales, existen determinados rasgos fisonómicos esenciales que delatan la identidad del derecho de propiedad y en base a los cuales se puede afirmar la unidad conceptual del instituto dominical.

Es cierto que bajo la unidad formal del concepto "propiedad" se encierran contenidos y regímenes jurídicos muy diversos. Sin embargo, la presencia del mínimo esencial restringe la expansión de esa diversificación, evitando una profunda transformación de la propiedad privada, que en caso de producirse, llevaría a afirmar que bajo la aparente unidad terminológica y conceptual se esconde y encubre una institución totalmente distinta.<sup>233</sup>

---

<sup>232</sup> COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 216.

<sup>233</sup> Se trata de una posibilidad apuntada por DIEZ-PICAZO, LUIS. "Los procesos de urbanización y el marco del derecho de propiedad". Conferencia pronunciada el 2 de Marzo de 1973. Ed. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid 1973, pag. 11.

Si no hubiese un mínimo esencial que garantizase la unidad de las situaciones jurídicas dominicales, o bien no se podría utilizar el término propiedad para referirse a ellas, o bien este vocablo se estaría usando como un mero *nomen iuris* vacío de contenido ante la imposibilidad de encontrar una nueva expresión para designar esas nuevas situaciones.

Consiguientemente, ante el interrogante que se formula DIEZ-PICAZO<sup>234</sup> de si existe todavía un *quid* de común a los diferentes tipos que permita llamarlos a todos propiedad, la respuesta ha de ser afirmativa.

Finalmente, la unidad dominical puede ser reconstruida en torno a la figura del sujeto titular del derecho. En materia de propiedad, es una realidad constatable por la experiencia legislativa, que a lo largo del presente siglo se ha producido un desplazamiento del plano subjetivo al objetivo. El ejercicio de las facultades dominicales ya no depende únicamente de la voluntad subjetiva, sino también de la trascendencia económico-social de los bienes que constituyen su objeto.

Sin embargo, creemos, siguiendo a PUGLIATTI y en sentido contrario que FINZI, que la acentuación del punto de vista objetivo no puede suponer un descuido del perfil subjetivo.<sup>235</sup>

La importancia del momento objetivo no puede subrayarse hasta el extremo de

---

<sup>234</sup> DIEZ-PICAZO, LUIS. "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", antes cit. pag. 1260.

<sup>235</sup> PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 250. FINZI, E. "Verso un nuovo Diritto del Commercio" en Arch. Studi Corp. 1933, pags 204-228. Esta última es cita que recojo, por entender de gran trascendencia de la lectura de LASARTE, CARLOS. "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación. Pluralismo de la propiedad privada", antes cit. pag. 28. Igualmente DIEZ-PICAZO, LUIS. "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", antes cit. pag. 1269.

sostenerse con una absoluta prevalencia sobre el momento subjetivo.<sup>236</sup> Trazar el régimen jurídico dominical desde una perspectiva exclusivamente objetiva, sería una visión excesivamente unilateral que mutilaría a la propiedad privada de un elemento que constituye, y constituirá siempre, el término fundamental de todo derecho subjetivo: el sujeto.<sup>237</sup> En el estudio del dominio privado, no se puede prescindir de la persona, porque ésta se encuentra envuelta en toda situación que se desarrolle en torno a los bienes.<sup>238</sup>

En este entendimiento, la solución óptima será aquella que, en el ejercicio del derecho de propiedad, integre, en relación de recíproca complementariedad, el elemento subjetivo y objetivo. Ambos se muestran íntimamente entrelazados cuando el propietario ejercita las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico.<sup>239</sup>

El momento subjetivo no puede prevalecer absoluta e incondicionadamente sobre el objetivo, porque aparece atemperado por la consideración de la naturaleza de los bienes que constituyen el objeto del derecho de propiedad.<sup>240</sup> Y viceversa, el aspecto objetivo nunca podrá llegar a resaltarse de tal modo que se ignore y elimine la esencia subjetiva de la

---

<sup>236</sup> RODOTA, STEFANO. "Proprietà. Diritto Vigente.", antes cit. pag. 145. Idem. "Note critiche in tema di proprietà", antes cit. pags. 1256, 1257 y 1321.

<sup>237</sup> En el mismo sentido PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 246.

<sup>238</sup> MAZZU, CARLO. "Spunti per una riflessione sulla funzione sociale della proprietà", cit. pag. 558.

<sup>239</sup> Para RODOTA ("Proprietà. Diritto Vigente", antes cit. pag. 145.), "En el estado actual de las cosas no puede dudarse del hecho de que los dos momentos, subjetivo y objetivo, necesitan de una continua integración ...". Favorable a la integración mutua del aspecto subjetivo y objetivo se muestra PUGLIATTI ("La proprietà nel nuovo Diritto", cit. pag. 246.) cuando estima que el punto de vista objetivo será sólo legítimo "a condición de que permanezca ligado y tácitamente referido al recíproco punto de vista subjetivo, y lo integre, dejándose integrar desde ello."

<sup>240</sup> MAZZU, CARLO. "Proprietà e società pluralista", antes cit. pag. 212. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 250.



propiedad privada, la cual ha de ser respetada en todo caso, por mandato constitucional.<sup>241</sup>

Esta armónica compenetración del perfil objetivo y subjetivo puede ser fácilmente apreciada en aquellas leyes que, en materia de propiedad agraria, establecen la expropiación sanción para el caso de las tierras incultas.<sup>242</sup>

En estos supuestos, la dimensión subjetiva de la propiedad privada no es formalmente desconocida ni ignorada. Por muy antisocial que sea la conducta del propietario absentista, éste siempre tendrá el derecho a la indemnización para el caso de que se proceda a la expropiación de la tierra que le pertenece pero que no cultiva.<sup>243</sup>

La relevancia económica y social que reviste la propiedad de la tierra exige que el dueño lleve a cabo su cultivo. Sin embargo, aún cuando se le expropie por adoptar un comportamiento pasivo e inactivo, el reconocimiento del derecho al valor de su propiedad quedará a salvo, debido al derecho que se reconce a la indemnización. El derecho subjetivo del propietario no ha sido desconocido, sino transformado en su equivalente económico, porque el bien de la comunidad legitima la expropiación.<sup>244</sup>

---

<sup>241</sup> Como pone de relieve NATOLI, la naturaleza de los bienes ha de ser tomada en consideración, pero siempre a vista de la determinación del comportamiento de los sujetos, y por lo tanto, del contenido de las situaciones subjetivas que a los bienes mismos se refieren. Al respecto, NATOLI, UGO. "La proprietà: appunti delle lezioni", antes cit. pag. 135.

<sup>242</sup> Véanse entre otros, los ya anteriormente citados Arts. 1, 2, 15 y ss. Ley 3 de Julio de 1984 del Parlamento de Andalucía sobre Reforma Agraria (B. O. Junta de Andalucía núm. 65, 6 de Julio de 1984). Arts. 1 y ss. de la Ley 34/79 de 16 de Noviembre de 1979 (BOE. núm. 281 de 23 de Noviembre de 1979) sobre Fincas Manifiestamente Mejorables. Arts. 1 y ss. del Decreto 12 de Enero de 1973 por el que se aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

<sup>243</sup> LEONE, GUGLIELMO. "Unità o pluralismo in tema di proprietà?", antes cit. pags. 490 y 491.

<sup>244</sup> En sentido análogo Vid. las Sentencias del Tribunal Constitucional 111/1983 de 2 de Diciembre (Fto. Jco. 8º) y 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º).

En resumidas cuentas, la infinita diversificación de los regímenes jurídicos dominicales que podría originarse en la consideración del aspecto objetivo, encuentra su límite en el respeto de la esencia subjetiva, en torno a la cual es posible reconstruir la unidad conceptual de la propiedad privada.

## V. DEL MANTENIMIENTO DEL "STATUS" A LA UTILIDAD SOCIAL.

Ya desde la segunda mitad del Siglo XVIII se hacen manifiestos los intentos de una clase media acomodada y de comerciantes de conquistar el poder económico y político. Con el fin de lograr situarse en tan privilegiada posición, la luego conocida como clase burguesa se valió tanto de medios formales como materiales.

Por un lado, las masas populares fueron un instrumento material al servicio de los designios e intereses de la burguesía, que no eran otros que derrocar a las clases privilegiadas con el fin de alcanzar el poder político.<sup>245</sup>

Por otro lado, la propiedad fue el principal elemento formal que sirvió a la clase burguesa para conseguir el poder político y consolidarse en la favorable posición económica que ya comenzaba a detentar con anterioridad a la Revolución.<sup>246</sup> Es así como la mayor

---

<sup>245</sup> SOLARI, GIOELE. "Socialismo e Diritto Privato. (Influenza delle odierne dottrine socialiste sul Diritto Privato)", cit. pag. 25. NOVOA MONREAL, EDUARDO. "El derecho de propiedad privada". Ed. Temis, Bogotá-Colombia 1979, pag. 14.

<sup>246</sup> La propiedad facilitó a la burguesía el asalto al poder político, ya que precisamente la situación que la institución dominical atravesaba a finales del Antiguo Régimen fue inteligentemente utilizada por una clase media acomodada y de comerciantes para incitar al pueblo a la revuelta. No en vano se ha dicho que la Revolución de 1789 fue una revolución de propietarios. La calificación de las jornadas revolucionarias francesas como "revolución de propietarios" fue acuñada, en un primer momento, por TAINÉ y luego difundida por MAZEAUD, HENRI/LEON/JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", Parte II, Vol IV, antes cit. pag. 16. Ultimamente en nuestra doctrina MARTIN BALLESTERO, LUIS. "La acción negatoria", antes cit. pag. 13. Por otro lado, la propiedad contribuyó a consolidar el poder económico que detentaba la burguesía, porque tras 1789 el régimen

parte de las disposiciones legislativas nacidas tras 1789 tienen como exclusivo objetivo la regulación de la propiedad. Su contenido surge como radical contraposición a los esquemas dominicales de tipo germánico vigentes en el mundo feudal.

Si en el Antiguo Régimen la propiedad se encontraba gravada y vinculada, en el orden liberal se elimina todo límite y obstáculo que impida el libre ejercicio de las facultades dominicales. Si el mundo feudal se caracterizaba por la existencia de grupos y colectividades intermedias, el liberalismo los erradica totalmente poniendo al individuo como centro de la vida jurídica y social. Si el dominio feudal se mostraba muy diversificado y fraccionado, la propiedad liberal aparece bajo una concepción jurídica unitaria.

En definitiva, el orden liberal pretende la total unificación y liberalización de la propiedad privada para demostrar que las estructuras jurídicas y sociales propias del Antiguo Régimen han quedado superadas.

Sin embargo, frente a los esquemas feudales, la propiedad individual se construyó a imagen y semejanza de la burguesía-liberal, convirtiéndose así en conquista y estandarte de una clase inteligentísima que, de forma hábil, la camufló como verdad redescubierta en su cara externa<sup>247</sup>, con la intención de satisfacer sus intereses egoístas. Es decir, la burguesía logró disfrazar bajo las vestiduras del beneficio general y común sus egoístas intereses de

---

jurídico dominical fue construido, como inmediatamente se verá, a "imagen y semejanza" de la clase liberal-burguesa.

<sup>247</sup> GROSSI, PAOLO. "La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico", cit. pag. 33. Retoma esta forma de pensar para la doctrina española REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", cit. pags. 5 y 6.

clase capitalista.<sup>248</sup>

En base a esta afirmación, algún autor ha precisado, que la propiedad ha cumplido siempre, incluso en el Siglo XIX, una función social.<sup>249</sup> En el orden liberal la propiedad cumple la función de conservar el *status* adquirido por una determinada clase social: la burguesía.<sup>250</sup>

Como indica GALGANO, "en aquellos supuestos en los que existe una gran diferencia entre el poder que detentan las distintas clases sociales, es perfectamente posible que el grupo social más poderoso imponga a los débiles una determinada concepción jurídica de las instituciones que le permita utilizarlas en su propia y exclusiva ventaja".<sup>251</sup>

Parece que a largo plazo este fenómeno aconteció durante el Siglo XIX. La burguesía

---

<sup>248</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Uso alternativo del diritto privato". Estratto de "L'uso alternativo del Diritto". I Scienza giuridica e analisis Marxista a cura di Pietro Barcellona. Editori Laterza. (Separata en la que no consta la fecha de edición), pag. 141.

<sup>249</sup> DIEZ-PICAZO, LUIS. "Los procesos de urbanización y el marco de el derecho de propiedad", antes cit. pags 12 y 13. El argumento esgrimido es el siguiente: Decían los burgueses que "debemos seguir siendo propietarios porque cumplimos una función social". Igualmente señalan BASSOLS COMA y GOMEZ FERRER que "La propiedad siempre ha cumplido una función social, aunque lo que ha cambiado en cada época ha sido el contenido y alcance de esta función". Para ello, ambos autores ponen como ejemplo la situación vigente en el Siglo XVIII, en donde existían determinadas instituciones como las vinculaciones y la propiedad amortizada, cuya función social es la de mantener el lustre de determinadas familias y de los denominados "cuerpos inmortales". Sobre este punto concreto Vid. BASSOLS COMA, MARTIN/ GOMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL. "La vinculación de la propiedad privada por los planes y actos administrativos", antes cit. pag. 24.

<sup>250</sup> LASARTE, CARLOS. "Consideraciones previas al estudio del Derecho de edificación. Pluralismo de la propiedad privada", antes cit. pag. 13. Para este autor "la inviolabilidad de la propiedad privada se convirtió, en cuanto que codificada, en instrumento de conservación del "statu quo" a favor de la burguesía [...] la cual había conseguido una posición de supremacía mediante las profesiones liberales y fundamentalmente el comercio [...]". Igualmente consideran que la propiedad fue un instrumento de garantía del *status* de la clase burguesa LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral", antes cit. pag. 234.

<sup>251</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Uso alternativo del Diritto Privato", antes cit. pag. 138.

propietaria, que gozaba del poder político y económico, impuso a las restantes clases sociales (no sólo a las menesterosas, sino también a las pudientes como el clero que fue despojado de sus bienes mediante la desamortización y la nobleza desvinculada de sus propiedades) la concepción jurídica dominical que resultaba beneficiosa para sus intereses de clase.<sup>252</sup>

Desde esta perspectiva se ha afirmado que el Code de 1804 es el Código de la propiedad, de la riqueza adquirida<sup>253</sup>, habida cuenta que en éste se tendía a proteger al individuo que poseyese bienes materiales, pero se olvidaba completamente de los que nada tenían. El legislador de 1804 había ignorado a las clases menesterosas y a las trabajadoras, porque su esencial espíritu individualista le exigía permanecer indiferente a las necesidades sociales y aspiraciones colectivas.<sup>254</sup>

---

<sup>252</sup> En la actualidad es generalmente admitido que no resulta casual la íntima conexión entre la ideología política burguesa y la configuración de la propiedad privada como un derecho esencial de la persona individual. Por el contrario, se entiende que dicha relación obedece al carácter clasista que el derecho de propiedad adquiere paulatinamente en los distintos estatutos jurídicos y leyes que se suceden en el Siglo XIX. Sobre esta cuestión Vid. LUCARELLI, FRANCESCO. "La proprietà pianificata", antes cit. pag. 188. Idem. "Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici", cit. pag. 8. Idénticas reflexiones han sido efectuadas por EMILIO ROMAGNOLI ("Il sistema della proprietà fondiaria in Italia", antes cit. pags. 150 y 151.) respecto al Código Civil italiano de 1865. Es menester recordar que el Código de 1865 es heredero directo del Code Napoleónico de 1804. En materia de propiedad, la herencia del Código francés es fácilmente perceptible, ya que el Art. 436 del Código italiano citado es traducción literal de lo que había manifestado para el régimen de la propiedad el Art. 544 del Code de 1804.

<sup>253</sup> SAVATIER, RENE. "Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui", cit. pags. 407 y 408. SOLARI, GIOELE. "Socialismo e Diritto Privato", antes cit. pag. 35. COMPORTI, MARCO. "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", cit. pag. 303.

<sup>254</sup> Con referencia al esencial espíritu individualista del Code de 1804 Vid. SOLARI, GIOELE. "Socialismo e Diritto Privato", antes cit. pags. 26 y 27. Por otra parte, la razón de que los intereses del pueblo no estuviesen recogidos en el Código Civil de 1804 puede que se encuentre en el sistema electoral vigente en este determinado momento. Se trataba de un sistema censitario en el que, por ejemplo, una de sus pautas de funcionamiento era reconocer el derecho al sufragio a quienes eran propietarios de bienes inmuebles. Por lo tanto, si los propietarios podían acceder a la Asamblea Legislativa y a los que nada poseían no se les reconocía esa posibilidad, era lógico en cierto modo, desde el espíritu individualista, que aquellos se preocupasen sólo por defender sus intereses imponiéndolos como beneficiosos para la generalidad.

El Code francés fue creado por la burguesía para todo el pueblo, pero sin contar con el pueblo, ya que en este cuerpo normativo sus intereses no se vieron reflejados. De este modo, el orden liberal crea un ordenamiento jurídico puesto al servicio del hombre, pero no de todos los hombres, sino sólo de aquellos que buscaron en el mismo una garantía para su situación.<sup>255</sup> El resultado fue la imposición de los intereses de la clase propietaria-burguesa a todos los ciudadanos fuesen propietarios o no.<sup>256</sup>

Aunque es evidente que el Código Civil francés no surgió del equilibrio o compromiso de las opuestas fuerzas sociales, con las afirmaciones ahora realizadas no queremos decir que dicho cuerpo legislativo fuese concebido *a priori* e inicialmente como una norma de privilegio de la clase liberal-burguesa, porque sus disposiciones iban dirigidas a todos los sustratos sociales sin distinción.<sup>257</sup>

Ahora bien, lo que teórica y dogmáticamente se prendía distó mucho de lo que en

---

<sup>255</sup> Son palabras de M. THIERS recogidas por MARQUES DE SEGARRA, MANUEL. "El nuevo derecho de propiedad individual", antes cit. pag. 11. En esta misma línea señala PADOA-SCHIOPPA ("Dal Code Napoleón al Codice Civile del 1942", en Riv. Dir. Civ. Anno XXXIX Sett-Ottobre 1993, pag. 536) que "no resulta infundada la calificación del Code como expresión de la burguesía". Ya en la doctrina española ALEJANDRE GARCIA, JUAN A. ("Temas de Historia del Derecho: Derecho del constitucionalismo y la codificación", Vol. I, antes cit. pag. 110) considera que "en el fondo de la codificación, sobre todo de la del Derecho Civil, late un interés concreto que es necesario destacar [...]: el interés de la burguesía como clase social". Estas palabras son recogidas literalmente por ROCA GUILLAMON, JUAN. "Codificación y crisis del Derecho Civil", antes cit. pag. 1761.

<sup>256</sup> En este sentido, ANTON MENDER ya a finales del siglo pasado, y con talante socializante, entendía que "El Derecho Privado hoy vigente en el Continente Europeo, puede considerarse como un compromiso estipulado, bajo el influjo de la Revolución Francesa y de las subsiguientes revueltas, entre el grande y pequeño propietario, e impuesto a las clases pobres por medio de la legislación". MENDER, ANTON. "El Derecho Civil y los pobres", antes cit. pags. 107 y 108. Vid. también BIGLIAZZI-GERI, LINA. "Evoluzione ed involuzione nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 512. En sentido contrario y para la situación que comienza a desarrollarse en nuestro país desde la Segunda República MENDEZ CALZADA, LUIS. "La familia y la propiedad en el nuevo Derecho español", antes cit. pag. 5.

<sup>257</sup> SOLARI, GIOELE. "Socialismo e Diritto Privato", cit. pag. 28.

realidad aconteció en la práctica.

Por una parte, si el Code de 1804 era el Código de la propiedad y de la riqueza adquirida, y si propietarios lo eran tan sólo unos pocos privilegiados integrantes de la clase liberal-burguesa, es fácilmente deducible que sólo estos últimos podrían hacer valer la normativa codificada, mientras que la mayoría desposeída quedaba completamente al margen de dicha normativa. Por lo tanto, *a posteriori* el Código Civil se convirtió en una norma clasista garante de las posiciones que ocupaba la burguesía propietaria.

Por otra parte, el ideal de libertad propuesto por el derecho natural, y que cuajó en la codificación, desembocó en exclusivismo y autoridad.<sup>258</sup>

La igualdad formal, proclamada por el orden liberal, contribuyó a crear la más profunda de las desigualdades materiales. Una minoría integrante de la burguesía liberal concentraba en sus manos cada vez mayores riquezas, mientras que la mayoría vivía en condiciones infrahumanas y en la total miseria. En suma, la desigualdad real entre los propietarios y los que nada poseían se acrecentaba.

Un ejemplo de este incremento lo podemos encontrar en las consecuencias a las que avocó en nuestro país el proceso desamortizador. Con la desamortización se pretendía introducir en el tráfico económico los bienes que se hallaban en manos muertas, así como lograr una más justa distribución de la propiedad de la tierra. El primero de estos objetivos pudo ser alcanzado en cierta medida, pero sin embargo, la desamortización fracasó en el

---

<sup>258</sup> LUCARELLI, FRANCESCO. "Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici", antes cit. pag. 11. Idem. "La proprietà pianificata", antes cit. pag. 193.

segundo de los objetivos planteados<sup>259</sup>, pues luego de haber sido llevada a cabo la situación económica del campesinado no cambió en nada para bien, ya que las tierras subastadas salieron a la venta con unos precios sólo asequibles para la nueva clase media burguesa.<sup>260</sup> Los pobres siguieron siendo pobres, mientras que las clases ricas y privilegiadas se enriquecieron aún más y aumentaron su poder.

El crecimiento de la desigualdad permitía a la burguesía utilizar la propiedad privada como un instrumento de dominación sobre las clases débiles y depauperadas. Así, el poder sobre las cosas se transforma en autoridad sobre las personas.<sup>261</sup>

---

<sup>259</sup> Se logró una cierta modernización del sector agrario pero la verdadera reforma social que suponía el intento de lograr un más equitativo reparto de la tierra quedó pendiente de realización. La modernización económica fue llevada a cabo en parte, pero faltó totalmente una reforma agraria distributiva de la propiedad y presidida por la idea de justicia social. Sobre el fracaso social de la Desamortización BASSOLS COMA, MARTIN y GOMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL. "La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos", antes cit. pag. 30. BALLARIN MARCIAL, ALBERTO. "Del Derecho Agrario al Derecho Agroalimentario", cit. pag. 157.

<sup>260</sup> TOMAS Y VALIENTE, FRANCISCO. "Planteamientos políticos de la legislación desamortizadora". RCDI, 1969, pags. 873 y ss. BALLARIN MARCIAL, ALBERTO. "Del Derecho Agrario al Derecho Agroalimentario", antes cit. pags. 157 y 158. MARTIN BALLESTERO Y COSTEA, LUIS. "La obligación de hacer en las fincas rústicas", antes cit. pag. 549. SOLDEVILLA Y VILLAR, ANTONIO. "Derecho Agrario. Lecciones para un curso". Vol I. Parte General, antes cit. pag. 109.

<sup>261</sup> Una dura crítica a la utilización de la propiedad privada como instrumento de dominación sobre las personas (en concreto sobre los desposeídos y trabajadores asalariados) la aporta RENNER, KARL. "Gli istituti del Diritto Privato e la loro funzione sociale", Ed. Il Mulino, Bologna 1981, pag. 87, cuando se refiere a la evolución de la propiedad capitalista y los institutos jurídicos a ella ligados. Las palabras del citado autor son las siguientes. "El sujeto de la propiedad se encuentra en cuanto tal en relación con la cosa, manda sobre la cosa; sin embargo, aquello que él jurídicamente prescribe para la cosa, se convierte, de hecho, en una orden impartida de un hombre a varios hombres [...]. El derecho al total señorío de una persona sobre una cosa material se une un poder de mando, el poder de emanar imperativos, imperativos que crean obligaciones". En este mismo entendimiento estima RODOTA ("Proprietà. Diritto Vigente", cit. pag. 133.) que "el poder político y el económico encontraban fuente casi exclusiva en la propiedad (fondiaria, en particular); y en la que bien se comprendía como el acceso a la propiedad representase tanto el medio para obtener el poder como la posibilidad de contrastar con el poder de los otros."



Por consiguiente, la situación no había cambiado tanto como se pensaba. Los privilegios feudales del Antiguo Régimen habían desaparecido, pero pronto fueron sustituidos por otros nuevos privilegios que volvían a tener su origen en la titularidad de la propiedad privada. El señor feudal había dejado su puesto al propietario burgués liberal, que incluso llegó a detentar un inusitado poder político y económico que nunca se hubiera soñado poseer en el Antiguo Régimen.<sup>262</sup>

Hay que esperar a la crisis del Estado Liberal-burgués para que estos esquemas se transformen.

El orden liberal fue víctima de sus propios progresos, porque la tan beneficiosa revolución industrial a la que condujo acabó por provocar su crisis y ocaso.

En un principio, y tras la Revolución de 1789, las masas trabajadoras eran numéricamente escasas, carecían de organización propia y de conciencia de clase. Esta era una situación lógica, si se tiene en cuenta que en esta época se desempeña un trabajo eminentemente manual en pequeños talleres y empresas.

Los problemas surgen como consecuencia del crecimiento industrial. El nacimiento de las grandes fábricas genera una ingente demanda de mano de obra que produce un éxodo masivo de población del medio rural a los núcleos urbanos. Las masas trabajadoras se multiplican numéricamente, lo que les lleva a hacinarse en condiciones infrahumanas en los suburbios de las ciudades industriales.

---

<sup>262</sup> LUCARELLI, FRANCESCO. "Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici", antes cit. pag. 11. DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pag. 85.

Empujados por la miseria en la que vivían, las clases obreras comienzan a reivindicar el puesto que creen que les corresponde en la sociedad. Paulatinamente los trabajadores se organizan y adquieren conciencia del trascendente papel que desempeñan en el entramado social como factores indispensables para la producción de riqueza.

Tras los movimientos proletarios de 1848 y la Revolución Bolchevique de 1917, el cuarto estado ha adquirido un poder social que le coloca en una situación próxima a la de la burguesía capitalista y propietaria. Al reconocerse el sufragio universal, las clases obreras comienzan a tener su representación política en las Asambleas y Cámaras Legislativas de los distintos países.

En este marco de relativo equilibrio de fuerzas sociales es donde se debate la elaboración de la Constitución alemana de Weimar.

En el proceso constituyente alemán los opuestos grupos políticos y sociales gozaban de fuerzas muy cercanas y parejas. En esta situación, ninguno de ellos lograr imponer completamente sobre los demás su particular concepción de las instituciones jurídicas.<sup>263</sup> Por este motivo, la Constitución de Weimar surge como el fruto del consenso y de innumerables transacciones políticas que tienen lugar entre las distintas fuerzas con representación parlamentaria.

El pacto sobre el que se asienta la Constitución de Weimar garantiza, por una parte, la aparición de nuevas figuras en favor de los sectores sociales menos favorecidos, pero, por

---

<sup>263</sup> Aplicamos en este punto las teorías de GALGANO sobre el uso alternativo del Derecho, que han sido ya utilizadas para explicar la coyuntura social en la que surge el Código Civil francés de 1804. Véase al respecto, GALGANO, FRANCESCO. "Uso alternativo del Diritto", antes cit. pag. 138.

otra parte, asegura el mantenimiento de instituciones tradicionales propias de los dictados capitalistas.<sup>264</sup>

En el proceso constituyente weimariano, las fuerzas políticas conservadoras postulaban el establecimiento de una economía capitalista basada en la propiedad privada de los medios de producción. Mientras, las fuerzas de izquierda y socialistas solicitaban la colectivización de los bienes productivos y la instauración de un sistema económico totalmente dirigido por el Estado.

Tras intensos debates, se optó por una solución de compromiso, en donde la burguesía capitalista cede en sus aspiraciones iniciales con la intención de lograr así la integración del disenso obrero: se mantiene el reconocimiento de la propiedad privada, pero ahora se añade que su uso debe servir también al bien de la comunidad. La propiedad obliga.

Como reconoce M. WOLFF en el ámbito de la doctrina alemana, "no se dibujó en la Constitución una propiedad eminentemente socialista o Marxista, pero tampoco se eliminó del todo el carácter burgués de la propiedad. Quedaron descartadas las tesis socialistas de la abolición de la propiedad privada, si bien, al ponerse el énfasis en la atención social, quedó, a su vez, superado el antiguo concepto liberal de la propiedad".<sup>265</sup>

Se trata del auténtico germen de lo que posteriormente se consolidará y afianzará en

---

<sup>264</sup> De manera similar, y para el proceso constituyente italiano de 1947 que, al igual que Weimar en 1918, se asienta sobre el compromiso y el consenso entre las distintas fuerzas políticas, Vid. NATOLI, UGO. "La proprietà. Appunti delle lezioni", antes cit. pags. 123 y 124. Resalta también el origen consensual de la Constitución Republicana italiana DE MARTINO, FRANCESCO. "Commentario del Codice Civile", antes cit. pag. 146.

<sup>265</sup> HATTENHAUER, HANS. "Conceptos fundamentales del Derecho Civil," antes cit. pag. 124.

los modernos textos constitucionales como el principio de la función social,<sup>266</sup> momento a partir del cual la propiedad privada se convierte en punto de equilibrio de los intereses de los distintos grupos sociales.

En este sentido hemos de reconocer que la actual disciplina constitucional dominical no es producto de un acuerdo minoritario entre poderosos grupos que logran imponer sus intereses a una débil mayoría, sino que surge de un firme compromiso en el que participan la totalidad de grupos sociales que integran la comunidad.

De este modo, en la Constitución encuentran ponderada garantía los más diversos intereses sociales. Así, por un lado los intereses de las clases conservadoras capitalistas encuentran protección en la garantía constitucional de la propiedad privada, en el reconocimiento de la iniciativa económica privada, etc. Por otro lado, los intereses de las clases trabajadoras, débiles y menesterosas se hallan igualmente avalados con la subordinación de la riqueza al interés general, la sujeción del ejercicio del derecho de propiedad a las exigencias sociales de la colectividad, etc.

En este contexto, la institución dominical ya no puede ser vista como medio que garantice el libre desenvolvimiento de la existencia burguesa,<sup>267</sup> debido a que no obedece ya a clasísticos intereses concretos, sino que en su configuración constitucional se pretenden satisfacer proporcionalmente la totalidad de los intereses sociales que integran la comunidad, sin ulteriores distinciones en lo que a clases se refiere.

---

<sup>266</sup> A título meramente ejemplificativo, se pueden citar los siguientes preceptos: Art. 14.2 de la Ley Fundamental de Bonn (*Bonner Grundgesetz*), Art. 42 de la Constitución italiana de 1948 y finalmente Art. 33.2 de la Constitución española de 1978.

<sup>267</sup> En general, y respecto al principio de legalidad, VILAS NOGUEIRA, JOSE. "Los valores superiores del ordenamiento jurídico", cit. pags. 8 y 9.

Por lo tanto, en el Estado del Bienestar, se persigue lograr, en el ejercicio de las facultades dominicales, la satisfacción simultánea del interés del propietario y las necesidades de la colectividad social en general, con la intención de evitar que la propiedad se convierta en un instrumento que asegure el interés de una clase social concreta que, potencialmente, adquiriera una posición dominante.

No cabe duda, por consiguiente, que la sujeción a Derecho necesaria para que se satisfaga el interés social de la colectividad, conlleva la consecución de un mayor grado de igualdad real entre las distintas clases sociales, y en suma, entre los que detentan el capital y los que nada poseen.

Esta mayor garantía de la igualdad material y sustancial, que produce la sujeción de la propiedad privada a exigencias sociales, impide que este derecho vuelva a ser, como lo fue durante el Siglo XIX, un instrumento de represión y de autoridad sobre las personas.

Uno de los principales objetivos en los que se enmarca la constitucionalización de la función social es lograr la emancipación del individuo de cualquier forma de esclavitud económica y la superación de cualquier otro obstáculo que dificulte el libre desarrollo de la propia personalidad.<sup>268</sup>

En suma, la constitucionalización del principio de la función social y el conjunto de principios constitucionales en los que ésta se enmarca, impiden que la propiedad privada se convierta de nuevo en un privilegio de una determinada clase social o en garantía del mantenimiento perpétuo del *status* o posición de poder adquirida. El régimen jurídico dominical ya no responde al interés de una determinada clase social de perpetuarse y

---

<sup>268</sup> NATOLI, UGO. "La proprietà. Appunti delle lezioni", antes cit. pag. 125.

mantenerse en la situación de poder alcanzado, sino que ahora obedece directamente a las siempre cambiantes exigencias sociales de la comunidad globalmente comprendida.

## **CAPITULO TERCERO**

### **FUNCION SOCIAL Y DERECHO SUBJETIVO DE PROPIEDAD**

## **I. COMPATIBILIDAD ENTRE FUNCION SOCIAL Y DERECHO SUBJETIVO DE PROPIEDAD.**

Es un lugar común en la doctrina admitir que la teoría jurídica del derecho subjetivo ha sido elaborada sobre la base de la concepción clásica de la propiedad privada.<sup>1</sup>

En el orden liberal, el derecho de propiedad se identifica con un poder tendencialmente ilimitado que se otorga a su titular para la satisfacción exclusiva de sus intereses individuales. En su seno no caben ni vínculos ni obligaciones, y su extensión se determina únicamente por la voluntad del propietario, que no está obligado a atender en modo alguno al bien general ni al interés de los demás.

La propiedad representa así un ámbito de libertad en el que rige plenamente la autonomía de la voluntad del propietario. El ejercicio del poder dominical queda exclusivamente supeditado a la soberana voluntad del dueño, no dependiendo de ningún otro condicionamiento, salvo el representado por el respeto a los derechos ajenos.

En este contexto, la construcción doctrinal del derecho subjetivo ofrecida por BERNHARD WINDSCHEID es la que mejor capta la teoría jurídica decimonónica, al reflejar los rasgos esenciales de la concepción liberal de la propiedad privada.<sup>2</sup>

Para WINDSCHEID, el derecho subjetivo es un poder de la voluntad o un señorío de

---

<sup>1</sup> RESCIGNO, PIETRO. Voz "Proprietà", antes cit. pag. 275. COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 233.

<sup>2</sup> HATTENHAUER, HANS. "Conceptos fundamentales del Derecho Civil", antes cit. pag. 119. DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. Voz "Propiedad", antes cit. pag. 951.



voluntad otorgado por el ordenamiento jurídico.<sup>3</sup> Es decir, al igual que en el concepto liberal de propiedad privada, el centro de gravedad de la noción de derecho subjetivo gira en torno a la idea de voluntad.

La voluntad del titular del derecho subjetivo es también soberana, porque constituye el único factor del que depende el ejercicio de los poderes y facultades que integran su contenido. En situación de normalidad el interés de terceras personas o el bien general no son tenidos en consideración.

El contenido del derecho subjetivo se identifica de esta forma con un poder de libre disposición, totalmente sometido a la voluntad de su titular y exclusivamente constituido por facultades, ya que en su interior normalmente no tienen cabida obligaciones, deberes o, en general, cualquier tipo de limitación que restrinja ese señorío de la voluntad otorgado por el ordenamiento jurídico.

Así pues, en el orden liberal, no hay duda alguna en calificar a la propiedad como un derecho subjetivo, ya que ella es precisamente su paradigma.

Con la crisis del Estado liberal-burgués y el advenimiento del Estado Social, la concepción de la institución dominical reinante hasta ese momento sufre un giro coopernico, porque la conexión propiedad-libertad aparece compensada por la vinculación

---

<sup>3</sup> WINDSCHEID, BERNHARD. "Tratado de Derecho Civil alemán". Tomo I, Vol. II, antes cit. pag. 135. La definición del derecho subjetivo aportada por WINDSCHEID ha sido reiteradamente recogida por la mayor parte de los autores que han estudiado las diferentes concepciones propuestas por la doctrina en torno a la naturaleza, concepción y caracteres fundamentales del derecho subjetivo. Citar a todos ellos sería interminable. Por este motivo, sólo se acopian aquí unas referencias bibliográficas meramente orientativas: FROSINI, VITTORIO. Voz "Diritto soggettivo", antes cit., pag. 1049. NATOLI, UGO. "Diritto soggettivo", antes cit. pags. 1 y ss. DABIN, JEAN. "El derecho subjetivo", antes cit. pags. 70 y ss. ORESTANO, RICCARDO. "Teoria e storia dei diritti soggettivi", antes cit. pags. 98 y 99.

con el principio de solidaridad.

La superación del egoísmo individualista se lleva a cabo mediante la imposición de vínculos, límites y obligaciones que, entrando a formar parte del contenido del derecho de propiedad han de ser observados por su titular en su ejercicio, con la intención de compatibilizar la satisfacción de sus intereses con los más generales de la colectividad.

El contenido dominical ya no está integrado solamente por un poder de libre disposición, sino también por deberes y obligaciones derivadas de las exigencias del principio constitucional de la función social.<sup>4</sup>

Por lo tanto, la titularidad de un derecho de propiedad ya no conlleva la atribución de un poder incondicionado exclusivamente sometido a la voluntad del propietario. Junto a ésta, la realización del interés social de la colectividad constituye un nuevo factor del que depende el ejercicio de las facultades dominicales.

La propiedad privada comienza a distanciarse de la inicial formulación dogmática del derecho subjetivo como un poder de la voluntad de libre disposición. Aparecen ahora ciertos elementos que no resultan reconducibles a la concepción clásica subjetiva: el dominio ya no se muestra como un poder ejercitable en plena libertad, su contenido se halla constituido no sólo por facultades, sino también por deberes y obligaciones, y finalmente su ejercicio ya no va dirigido exclusivamente a la satisfacción de los intereses personales de su titular, sino que en el mismo ha de ponderarse igualmente la realización del interés social de la comunidad en su conjunto.

---

<sup>4</sup> Vid. SSTs. 10 Junio 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 4871) y 21 Octubre 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 8374) en donde se admite que "la función social de la propiedad da lugar a que en su contenido se integren deberes...".

Ante esta situación sólo caben dos posibles salidas. O bien, debido a las transformaciones sufridas con el advenimiento del Estado de Bienestar, la propiedad ha dejado de ser un derecho subjetivo para pasar a formar parte de otra categoría jurídica distinta, o bien se necesita proceder a una reestructuración de la elaboración teórica del derecho subjetivo, para integrar dentro del mismo no sólo la noción de poder de la voluntad, sino igualmente los conceptos de deber y obligación, a los que se encuentra inescindiblemente ligado el interés social de la colectividad.

Por lo pronto, la antes inexistente duda, en torno a la concepción de la propiedad privada como un derecho subjetivo, ha hecho acto de presencia.

Se ha generado al respecto, un interminable debate predeterminado, en múltiples ocasiones, por criterios ideológicos, dónde las posturas han sido muy diversas, situándose en ocasiones en extremos radicalmente opuestos.

Si no han faltado sectores doctrinales que negaron la posibilidad de seguir configurando a la propiedad como un derecho subjetivo, al entender que ésta se ha transformado en una función social, otros sectores estiman que el derecho subjetivo de propiedad se mantiene tal y como inicialmente fue concebido, porque la función social es una regla programática que carece de fuerza jurídica vinculante y, en consecuencia, su influencia sólo se deja sentir en los contornos externos del derecho.

Como es fácilmente apreciable, nos encontramos en los polos radicalmente opuestos del debate doctrinal. Por una parte, quienes dan relevancia absoluta al principio de la función social, niegan la naturaleza de derecho subjetivo de la propiedad, y por otra parte, quienes abogan por la total conservación de la naturaleza subjetiva de la propiedad privada reducen

a la nada la trascendencia de la función social, al equiparar sus efectos a los que se derivan de una regla programática carente de fuerza jurídica vinculante. De la total negación de la propiedad privada como derecho subjetivo se pasa a la total negación de la función social como categoría jurídica.

Existen también ciertos sectores doctrinales que tratan de reconducir las profundas transformaciones que supone la constitucionalización del principio de la función social a través de adjetivizaciones que corregirían los defectos de la noción clásica del derecho subjetivo de propiedad (derecho subjetivo funcional, derecho subjetivo instrumentalizado, derecho subjetivo debilitado etc.).

## **1. EL POSITIVISMO SOCIOLOGICO. LA PROPIEDAD FUNCION.**

Una pronta respuesta al interrogante de las posibles repercusiones del principio de la función social sobre la naturaleza de derecho subjetivo de la propiedad privada, fue ya aportada a principios de Siglo por la Escuela del Positivismo Sociológico, uno de cuyos principales exponentes era LEON DUGUIT.

La gran atracción por el derecho positivo y objetivo condujo a DUGUIT a negar la existencia de la categoría de derecho subjetivo. Para el iuspublicista francés, ésta es una noción de orden meramente metafísico que se halla en contradicción indudable con las tendencias de las sociedades modernas, con el realismo y, en definitiva, con el positivismo de su época.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Se trata simplemente de un mero extracto en el que parece resumirse la esencia del pensamiento de DUGUIT. Más ampliamente y para el estudio completo de los razonamientos que llevan al citado autor a la negación del derecho subjetivo Vid. su obra "Les transformations générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon". Ed. Librairie Félix Alcan, París 1912, en las que se recogen las conferencias que LEON DUGUIT pronunció en los meses de Agosto y Septiembre de 1901 como

Esta actitud dogmática adoptada ante el derecho subjetivo influye directamente en la posición que DUGUIT toma respecto a la propiedad privada. A juicio del autor francés la concepción individualista del dominio es insostenible y debe desaparecer por desenvolverse igualmente en el ámbito de la metafísica y muy alejada de la realidad positiva.<sup>6</sup>

El radical rechazo de las tesis individualistas y su profunda inspiración positivo-social, llevó a DUGUIT a afirmar que la propiedad ha dejado de ser un derecho subjetivo para convertirse en una función social.<sup>7</sup>

---

invitado de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, ahora traducidas al castellano bajo los títulos "Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código de Napoleón", Trad. de Carlos González Posada. Ed. Edeval, Valparaíso (Chile) 1987 e igualmente "Las transformaciones del Derecho Público y Privado". Trad. de Adolfo Posada, Ramón Jaen y Carlos Posada. Ed. Heliasta, Buenos Aires 1975. Respecto la referencia puntual efectuada en el texto véanse las págs. 24 y 25 de la obra referida en primer lugar y pág. 174 de la ulteriormente citada. Del mismo modo, pero ahora desde otra perspectiva, HANS Kelsen había sostenido que el poder que nosotros identificamos como derecho subjetivo es algo metajurídico. Para Kelsen no puede haber derechos subjetivos anteriores o superiores a la norma de derecho objetivo porque en el plan de la teoría pura del Derecho (*reine Rechtslehre*), separada de todo lo que no es propiamente el derecho, el problema es metajurídico, extraño a la ciencia del Derecho. Al respecto Vid. Kelsen, Hans. "Panorama de una teoría general", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*. Tomo. XLIII, 1926, págs. 572 y 573. Cit. por Dabin, Jean. "El derecho subjetivo", antes cit. págs. 20 y 21. En nuestra doctrina Díez Pícazo y Gullón Ballesteros. "Sistema de Derecho Civil", Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Ed. Tecnos. Madrid 1992, págs. 416 y 417.

<sup>6</sup> DUGUIT, LEON. "Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código de Napoleón", antes cit. págs. 30 y 31. Idem. "Las transformaciones del Derecho Público y Privado", cit. págs. 177 y 178.

<sup>7</sup> En realidad las ideas difundidas por DUGUIT en "Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código de Napoleón" (1902) fueron ya puestas de manifiesto por AUGUSTO COMTE, en 1850 en "Systeme de politique positive". Afirmaba COMTE que "en todo estado normal de la humanidad, todo ciudadano, cualquiera que sea, constituye realmente un funcionario público cuyas atribuciones, más o menos definidas, determinan a la vez obligaciones y pretensiones. Este principio universal debe ciertamente extenderse hasta la propiedad, en la que el positivismo sociológico ve, sobre todo, una indispensable función social destinada a formar y administrar los capitales sobre los cuales cada generación prepara los trabajos de la siguiente." Son palabras que hace suyas LEON DUGUIT en "Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)", antes cit. pag. 240. Idem. "Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código de Napoleón", antes cit. pag. 137. No obstante, la idea apuntada por COMTE goza de mayor antigüedad, y ya STUART MILL, en 1848 (*Principes d'économie politique*) la censuraba como una corriente de la época. Entre ambas fechas se coloca la obra de OTTO GIERKE "La función social del Derecho Privado", discurso pronunciado por

En este sentido, el mencionado autor francés afirma que "la propiedad ya no es, en el Derecho moderno, el derecho intangible, absoluto que el hombre que posee la riqueza tiene sobre ella. La propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de la riqueza tiene, por el hecho de poseer esa riqueza una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario estarán protegidos. Si no los cumple o los cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social al propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino".<sup>8</sup>

De las palabras de DUGUIT parece deducirse que en el marco de la propiedad privada hay una total supremacía del interés social y la noción de deber sobre el interés individual y el concepto de poder. Desde este punto de vista, el interés personal del propietario tan sólo sería merecedor de protección en cuanto constituyese un útil instrumento en la realización del interés social, el cual representa ahora la finalidad primordial a conseguir.

No obstante, si se entiende, que la propiedad debe ejercitarse única y exclusivamente

---

el Profesor de la Universidad de Berlín el 5 de Abril de 1899 ante la Asociación de jurisconsultos de Viena, en la que se decía que "La función social del derecho privado ya comienza donde regula sencillas relaciones fundamentales del patrimonio individual [...]. De esta concepción el orden jurídico se deduce el principio siguiente: no hay derecho sin deber. Por eso las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad privada no vienen impuestas por un orden externo, sino que nacen de su misma esencia...". Sin embargo, la práctica muestra que las ideas apuntadas por COMTE, MILL, GIERKE, y difundidas por DUGUIT estaban ya presentes en la Francia de la Restauración, encarnadas en las teorías de los publicistas del partido "ultra" que, evocando nostálgicamente el pasado federal, contraponían la propiedad individualista codificada a un tipo de dominio donde los derechos estaban penetrados de una correlativa noción de deber. Sobre el origen de las teorías sociales de la propiedad Vid. CARBONNIER, JEAN. "Derecho Civil" Tomo II, Vol. II, antes cit. pag. 153. MARQUES Y SEGARRA, MANUEL. "El nuevo derecho de propiedad individual", antes cit. pags. 76 y ss., en concreto relacionado con las teorías de OTTO GIERKE.

<sup>8</sup> DUGUIT, LEON. "Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)", antes cit. pag. 179. Idem. "Las transformaciones del Derecho privado desde el Código de Napoleón", cit. pag. 33.

para la satisfacción del interés social, el interés individual jurídicamente protegido, que constituye la esencia del derecho subjetivo, habrá desaparecido.

En consecuencia, afirmar que la propiedad es una función social significa negar su naturaleza de derecho subjetivo para transformarla en una potestad-función que su titular ejercita exclusivamente en interés ajeno y no propio, eliminando, por consiguiente, la utilidad individual que para él reportan los bienes que son objeto de su derecho.

Por su parte, el propietario dejaría de ser tal, para convertirse en un mero concesionario o un funcionario.<sup>9</sup>

El titular dominical tendría en común con un concesionario que el interés privado o personal de ambos sólo sería protegido con ocasión de la realización del interés público. Desaparecido este último, desaparecerá también el interés individual del propietario o concesionario.

El titular de un derecho de propiedad se convertiría en un simple funcionario, porque la actividad desarrollada en su ejercicio iría destinada a la satisfacción inmediata de un interés ajeno. Por esta razón, al igual que el funcionario, el propietario carecería de iniciativa propia y su actuación estaría totalmente dirigida por la Administración Pública, respecto a la cual se vincularía en una relación de dependencia o subordinación.

Sin embargo, estimamos que una interpretación tal de la repercusión de la función social sobre la naturaleza del derecho subjetivo de propiedad no puede ser admitida en la

---

<sup>9</sup> De este peligro advierten, entre otros, TAMPONI, MICHELE. "Una proprietà speciale. Lo statuto dei beni forestali". Ed. Cedam, Padova 1983, pag. 308. IANNELLI, ANTONIO. "La proprietà costituzionale", antes cit. pag. 181.

actualidad.

DUGUIT había estado acertado al señalar los principales defectos que avocaron a la crisis de la ideología liberal burguesa.<sup>10</sup> En cierto modo, había sido un profeta de su tiempo al percatarse que los trepidantes acontecimientos políticos, económicos y sociales que se sucedían desde finales del Siglo XIX iban a producir un importante cambio en sentido social en las instituciones jurídicas y en concreto en la propiedad privada.<sup>11</sup> Sin embargo, al dejarse llevar por su convicciones ideológicas, su rechazo radical del individualismo jurídico y su gusto por el Derecho objetivo-positivo, exageró en exceso las consecuencias jurídicas que esas transformaciones sociales iban a producir en el ámbito normativo.

Si bien es cierto que los esquemas liberales han sido totalmente superados, y la propiedad ya no puede ser configurada como un derecho subjetivo absoluto e intangible, no es menos cierto que todavía no ha llegado el momento en que se puedan admitir como válidas aquellas posiciones que no ven en la propiedad otra cosa que el momento funcional.<sup>12</sup>

En el actual ordenamiento jurídico constitucional se aprecian sustanciales diferencias que marcan una gran distancia entre el derecho de propiedad y el concepto de función. Por el contrario, existen múltiples razones que nos permiten afirmar que en la propiedad privada

---

<sup>10</sup> Así, por ejemplo destacó que la idea propuesta por las concepciones individualistas de que el hombre natural, aislado, independiente que tiene en su calidad de hombre derechos anteriores a la sociedad y que aporta esos derechos a la misma, es una idea extraña por completo a la realidad. El hombre aislado e independiente, continuaba DUGUIT, es una pura ficción. El hombre es un ser social, no puede vivir más que en sociedad, ha vivido siempre en sociedad. Acerca de esta particular cuestión. DUGUIT, LEON. "Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código de Napoleón", cit. pags. 30 y 31. En el mismo sentido "Las transformaciones del Derecho Público y Privado", cit. pag. 178.

<sup>11</sup> Vid, obras antes cit. pags. 130 y 236 respectivamente.

<sup>12</sup> RODOTA, STEFANO. "Note critiche in tema di proprietà", cit. pag. 1313. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", antes cit. pag. 237.



concurren los rasgos identificativos de la fisonomía esencial del derecho subjetivo.

En la potestad o en la función, el poder se otorga a una persona no en calidad de individuo particular sin ulteriores precisiones, sino como sujeto específico al cual le corresponde el cumplimiento de un deber en el seno de la colectividad social.<sup>13</sup>

A diferencia de ello, la propiedad privada representa un poder cuya atribución se sigue efectuando al individuo particular en cuanto a tal.<sup>14</sup>

La propia Constitución de 1978 nos aporta las pruebas necesarias para demostrar la veracidad de esta afirmación. La propiedad reconocida por el Art. 33.1 de nuestra Norma Fundamental es la calificada como privada. El citado precepto dispone: "Se reconoce el derecho a la propiedad privada...".. Es decir, su mismo nombre lo indica, se trata de un tipo de propiedad cuya titularidad corresponde a los sujetos de Derecho Privado y no a órganos delegados o dependientes de la Administración.

El contexto sistemático en el que se produce el reconocimiento constitucional de la propiedad privada, es un dato más que confirma que la titularidad de la misma se continúa efectuando al individuo en cuanto a tal. Dicho reconocimiento se efectúa en el ámbito de "Los

---

<sup>13</sup> Así el poder jurisdiccional no se concede a un ciudadano particular en cuanto sujeto de Derecho Privado, sino que se concede a una persona específica ligada a la Administración Pública por un muy especial relación: el Juez. Es decir se concede un poder a una persona, pero no en cuanto individuo ciudadano, sino en cuanto Juez. De la misma manera, los poderes que implica la patria potestad, la tutela o la curatela no se atribuyen al individuo en cuanto a tal, sino debido a su condición de padre, tutor o curador, respectivamente.

<sup>14</sup> RODOTA, STEFANO. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 374. Idem. "Proprietà. Diritto Vigente", antes cit. pag. 136. TAMPONI, MICHELE. "Una proprietà speciale", cit. pag. 309. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", antes cit. pag. 175.

derechos y deberes de los ciudadanos" (Secc. 2ª Capt. II, Tit. I), a mucha distancia del lugar donde se recoge la disciplina constitucional del dominio público (Art. 132, Título VII "Economía y Hacienda").

Si como consecuencia de la constitucionalización del principio de la función social el derecho que corresponde al propietario se convirtiese en una potestad o en una función, no tendría sentido que nuestra Norma Fundamental continuase diferenciando propiedad privada y pública, ya que toda situación patrimonial resultaría reconducible a ésta última.

Así pues, el mantenimiento a nivel constitucional de la diferencia entre propiedad privada y pública constata al máximo nivel normativo que la atribución de la titularidad de la primera de ellas se sigue efectuando al sujeto privado en cuanto a tal.

Por otra parte, el poder que representa la titularidad de una potestad o una función ha de ejercitarse necesariamente en interés ajeno y no propio. Este es el aspecto que define la esencia de ambas instituciones jurídicas.<sup>15</sup>

Sin embargo, el fin primordial para el cual se concede el poder que representa el

---

<sup>15</sup> La doctrina suele recurrir a esta idea para identificar la fisonomía esencial del concepto de función y potestad. En esta línea destaca PERLINGIERI, PIETRO ("Profili istituzionali del Diritto Civile", cit. pag. 215) que "el ejercicio de la potestad ha de dirigirse necesariamente en el interés ajeno o más específicamente en interés de un tercero o de la colectividad". En opinión de BRANCA, GIUSEPPE ("Instituciones de Derecho Privado", cit. pag. 16) "la potestad es un poder en sentido estricto que se otorga al individuo para satisfacer intereses ajenos". Por su parte, refiriéndose igualmente a la potestad estima BARBERO, DOMENICO. ("Sistema de Derecho Privado" Tomo I, antes cit. pag. 181) que "el carácter de este poder es el de no estar atribuido en el interés principal del sujeto titular". Por lo que respecta a la función MODUGNO, FRANCO (Voz "Funzione", en Enciclopedia del Diritto, Ed. Giuffrè, Milano 1969, pag. 301) estima que "por lo que refiere a la actividad del sujeto titular de una función, aquello que importa es el fin o el objetivo de la actividad misma...". Por lo tanto, si se considera que lo principal en la función es el fin u objetivo de la misma, y si el fin de toda función es la realización de un interés no propio, se concluye que lo que importa en el ejercicio del poder que conlleva una función es la realización de ese interés ajeno que normalmente se suele identificar con el de la colectividad.

derecho de propiedad es la satisfacción y la realización del interés propio e individual de la persona de su titular.

En el Estado del Bienestar y bajo la vigencia de la actual Constitución, es evidente que el ejercicio del derecho de propiedad debe dirigirse hacia la consecución de finalidades sociales, no obstante, éstas nunca podrán ser interpretadas en modo tal que permitan eliminar totalmente la utilidad o interés individual que los bienes reportan a su propietario. De faltar su garantía o mantenimiento, el derecho de propiedad quedaría totalmente vacío, transformándose en una mera carga o peso para su titular que se vería avocado a responder por cosas en las cuales no tendría ningún interés.<sup>16</sup>

Con la recepción a nivel constitucional del principio de la función social no se persigue la realización del interés de la colectividad en contra y a costa del interés individual del propietario. Por el contrario, solamente se pretende la satisfacción del interés social mediante la realización del interés privado y personal del titular dominical.<sup>17</sup>

Ello no significa que el interés individual sea tutelado como un medio material para la consecución del interés social, sino que aquél es garantizado *per se* y en cuanto a tal.<sup>18</sup>

Lo que denota la constitucionalización de la función social es que el interés individual

---

<sup>16</sup> SANDULLI, ALDO M. "Profili costituzionali della proprietà privata. Diritto Costituzionale", antes cit. pag. 353.

<sup>17</sup> En este entendimiento y en alusión a las obligaciones impuestas al propietario para la realización del interés público, Vid. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 138.

<sup>18</sup> En esta línea argumentativa señala TAMPONI ("Una proprietà speciale", cit. pag. 307) que la propiedad funcionalizada no se convierte en instrumental respecto la función social y que la funcionalización implica simplemente la coexistencia sobre un mismo bien de situaciones subjetivas privadas (propiedad) y situaciones subjetivas de un poder público.

no se encuentra protegido de una manera absoluta e incondicionada como acontecía en el orden liberal. Este se garantiza hasta un determinado punto:<sup>19</sup> hasta el punto en que por satisfacerse de manera absolutamente egoística se haga incompatible con la realización del interés social y, por lo tanto, se convierta en un obstáculo insalvable a su efectiva consecución.

Por estas razones, entendemos que la recepción a nivel constitucional del principio de la función social no conlleva una disminución de la tutela, ni pone en peligro la protección jurídica del interés individual del propietario. A nuestro juicio, pese a su profunda inspiración social, en la vigente Constitución el interés personal del titular de un derecho de propiedad se halla garantizado con mayor intensidad que en textos constitucionales precedentes.<sup>20</sup>

En este sentido, no obstante, se contemplan en nuestra Norma Fundamental toda una serie de límites y barreras con la finalidad de evitar un uso arbitrario de la función social.

---

<sup>19</sup> Refiriéndose en general al derecho subjetivo, entiende ANGELO LENER que el interés individual de su titular resulta protegido hasta el punto en que su decisión no esté sujeta a un control de utilidad. En torno a esta cuestión Vid. LENER, ANGELO. "Intervención en el Congreso de Camerino". Actas de las sesiones publicadas bajo el título "Crisi dello Stato Sociale e contenuto minimo della proprietà". Atti del convegno. Camerino 27-28 Maggio 1982. Ed. Università degli Studi di Camerino, Napoli 1983, pag. 206.

<sup>20</sup> Basta establecer una comparación con la Constitución española de 1931. El Art. 44 de la Constitución de la Segunda República llevaba a cabo un débil y genérico reconocimiento de la propiedad privada, el cual aparecía además totalmente amenazado por la posibilidad de la nacionalización y la socialización de los bienes, que sí estaba expresamente recogida en el Texto Fundamental. La debilidad en la protección constitucional de la propiedad privada se manifestaba también en el ámbito expropiatorio, porque la Constitución de 1931 contemplaba la posibilidad de que la expropiación pudiese llevarse a cabo sin tener que satisfacerse la indemnización, en aquellos casos en que este requisito fuese dispensado por el voto de la mayoría absoluta de las Cortes. Para un estudio más amplio de lo ahora puesto de relieve Vid. CAMPUZANO Y HORMA, FERNANDO. "El derecho de propiedad en la nueva Constitución española", en RDP Consta de dos partes. Año XVIII Diciembre de 1931 y Año XIX Enero de 1932. En concreto véase esta segunda parte (pags. 4 y ss.) donde se procede a un análisis del Art. 44 de la Constitución de la Segunda República. SANTOS BRIZ, JAIME. "Derecho Económico y Social", antes cit. pag. 237. HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "La propiedad privada y su función social", antes cit. pag. 14. GARCIA CANTERO, GABRIEL. "Il Diritto Agrario nella nuova Costituzione spagnola", antes cit. pag. 8.

Así, en el apartado 2º del precepto aludido y en el apartado 1º del Art. 53 CE se exige la mediación legislativa como *conditio sine qua non* para la acción de la función social. Además, aún y cuando el legislador dicte una disposición en la que concrete el principio de la función social para un caso específico, ésta no puede servirle como un cheque en blanco que le habilite para limitar abusivamente el contenido del derecho de propiedad, reduciendo a la nada la utilidad o interés individual que pueda tener el propietario.

De igual manera, la acción limitativa de las intervenciones legislativas en materia de propiedad privada se halla restringida por el pleno respeto a su contenido esencial constitucionalmente garantizado en el Art. 53.1 de nuestra Norma Fundamental.

Finalmente, en el Art. 33.3 CE se recoge la posibilidad de proceder a la expropiación forzosa. Si bien el procedimiento expropiatorio constituye, por una parte, un límite a la propiedad privada por razón del interés social o la utilidad pública; por otra se supone una sólida garantía dominical, porque nadie puede ser privado de los bienes que le pertenecen si no concurren todos y cada uno de los requisitos necesarios para poder llevar a cabo la expropiación. Es en esta última vertiente en la que ahora nos vamos a detener.

Aún en los supuestos de expropiación sanción por incumplimiento de la función social (Arts. 71 a 75 Ley de Expropiación Forzosa de 1954) el derecho e interés del propietario están protegidos, ya que por muy antisocial que sea su conducta, siempre se habrá de satisfacer la correspondiente indemnización<sup>21</sup> (ya sea con anterioridad a la ocupación, ya con posterioridad a la misma en los supuestos de urgencia).

---

<sup>21</sup> En sentido análogo y para el ordenamiento jurídico italiano LEONE, GUGLIELMO. "Unità o pluralismo in tema di proprietà?", antes cit. pags. 490 y 491.

En estos casos, el interés individual del dueño queda a salvo, y no es formalmente desconocido, sino simplemente convertido en el equivalente económico que representa el justiprecio de la indemnización que se le satisface.

En consecuencia, de todas estas consideraciones se puede concluir que pese a estar subordinada en su ejercicio al cumplimiento de las exigencias derivadas de la función social, la propiedad privada sigue siendo reconocida y garantizada por la Constitución de 1978 como un poder que se atribuye al individuo en cuanto a tal, para la satisfacción de sus intereses personales.

De esta configuración constitucional de la propiedad privada se derivan otras importantes diferencias con los conceptos de función y potestad.

En primer lugar, convenimos en afirmar con DABIN que ha rechazarse la inclusión de la propiedad en la categoría de los denominados "derechos función".<sup>22</sup>

Define DABIN los "*Droits fonction*" como aquellos derechos que están dirigidos a un fin "altruista", e instituidos no para el servicio de su titular, sino para el servicio de otro.<sup>23</sup>

Consecuentemente, la propiedad no puede ser calificada en este sentido como un "derecho función", ya que, aunque su ejercicio debe desplegarse de acuerdo con el bien

---

<sup>22</sup> La categoría de los denominados "*Droits fonction*" fue acuñada en un primer momento por PIERRE JOSSERAND "*De l'esprit des droits et de leur relativité*" (Paris 1939) y posteriormente desarrollada, precisada y criticada por JEAN DABIN, "*El derecho subjetivo*", antes cit. pags. 276 y ss, en contraposición a los llamados "derechos funcionales".

<sup>23</sup> Ibidem Supra pag. 276, con especial referencia a la bibliografía citada en la nota 211 de la misma página.

general y las exigencias sociales de la colectividad, el interés individual del titular también deberá de ser garantizado y satisfecho simultáneamente.<sup>24</sup>

En segundo lugar, en la potestad o en la función el titular de la misma no coincide con el sujeto portador del interés protegido.<sup>25</sup> Ello significa que no existe una identidad subjetiva entre quien ejercita el poder atribuido en concepto de potestad o función y quien se beneficia de los efectos y consecuencias de su ejercicio.<sup>26</sup>

Por el contrario, en la propiedad privada se aprecia una total coincidencia entre el sujeto portador del poder y del interés jurídicamente protegido. Es decir, existe plena identidad subjetiva entre quien ejercita los poderes dominicales y la persona en cuyo interés se procede a su ejercicio.

En tercer lugar, el ejercicio del poder atribuido en concepto de función o potestad se halla totalmente condicionado por la concurrencia del interés de un tercero o de la colectividad, que se muestra como el fin orientador de su actuación.

---

<sup>24</sup> En opinión de RESCIGNO, la calificación de la propiedad privada como un derecho-función fue incluso rechazada por el pensamiento socialista. Para esta corriente doctrinal, calificar a la propiedad privada como un derecho función significaba que ésta sería sólo merecedora de tutela en tanto en cuanto fuese ejercitada en beneficio de la colectividad. En un principio se pensó que era esta una buena fórmula para corregir y renovar la tradición liberal-burguesa de los derechos subjetivos. Sin embargo, posteriormente fue rechazada por su carácter idealístico e hipócrita que al integrar en la estructura del poder un elemento contradictorio (el deber) introducía la anticipación de soluciones de tipo corporativo. Vid. RESCIGNO, PIETRO. "Manuale del Diritto Privato italiano", antes cit. pag. 453.

<sup>25</sup> Vid. GALGANO, FRANCESCO. "Sommaro di Diritto Civile", cit. pag. 15. Idem. "Diritto Privato", antes cit. pag. 23. Idem. "Diritto Civile e Commerciale", antes cit. pag. 29. BRANCA, GIUSEPPE. "Instituciones de Derecho Privado", antes cit. pag. 16.

<sup>26</sup> Continuando con la línea ejemplificativa iniciada, en la patria potestad, el poder corresponde al padre, mientras que los beneficiados por el ejercicio de la potestad paterna son los menores sometidos a la misma. Lo mismo acontece para el caso del ejercicio de una función. Así, los funcionarios de la Administración Pública tienen un poder como consecuencia del cargo que desempeñan, que sin embargo repercute y beneficia a la entera colectividad social.

Para el caso del funcionario, la presencia o no del interés público es aquello de lo que depende la decisión de ejercitar o no el poder otorgado a título de función. Ahora bien, cuando concurra el interés público, el funcionario deberá ejercer el poder que le ha sido conferido, porque el carácter supraindividual del fin perseguido con su atribución no consiente la pasividad o inactividad. Es de este modo como podemos concluir que el interés público es la condición normal de la actuación del funcionario.

Pero además de condición, el interés público es el fin orientador de la actuación funcional, pues cuando éste concurra el ejercicio del poder atribuido ha de dirigirse necesariamente a su consecución y no a otras finalidades u objetivos de signo distinto.<sup>27</sup>

Es cierto que el funcionario goza de una cierta capacidad de apreciación discrecional respecto al modo en que ha de ejercitar el poder que le corresponde. Sin embargo, ello no quiere decir que sea libre, pues ha de justificar y fundamentar suficientemente las decisiones adoptadas, que en todo caso han de ser las más adecuadas para la consecución del interés de la colectividad social.

El titular de una función no puede ejercitar su poder de cualquier forma, sino tan sólo de aquella manera que sea más acorde para la realización del fin supraindividual que se le ha encomendado, respecto del cual no puede apartarse en su actuación.

---

<sup>27</sup> Así, el funcionario ejerce su poder única y exclusivamente para el fin que le fue concedido, es decir, en beneficio de la colectividad social. Si éste usa de su poder en provecho propio estará incurriendo en una conducta delictiva tipificada como tal en nuestro Código Penal. Del mismo modo, el padre, el tutor o el curador están obligados a ejercer su poder en beneficio del interés de los menores que tienen a su cuidado, en caso de que ello no sea así podrán ser privados del poder que inicialmente les fue concedido mediante la revocación de la patria potestad, la remoción de la tutela o la curatela. Vid. sobre esta última cuestión Arts. 170 Cc. respecto la revocación de la patria potestad, 247 Cc. acerca de la remoción de la tutela e igualmente a la curatela por la remisión efectuada en el Art. 291 Cc.



Sin embargo, aunque como consecuencia de la constitucionalización del principio de la función social el titular dominical ya no es totalmente libre en el ejercicio de su derecho, siempre resta un ámbito en el que puede moverse con libertad. La función social no elimina completamente el margen de libre actuación que le corresponde al propietario en el ejercicio de las facultades dominicales. La esfera de la libertad se restringe, pero en ella todavía no hay espacio para la función, ya que siempre se reconoce un mínimo de autonomía privada al titular del derecho.<sup>28</sup>

Ello es debido a que en la propiedad la consecución del interés social o público no es fin, sino medio para la satisfacción del interés individual del titular dominical.

De ahí, que el titular dominical no necesite en ningún caso de especiales conocimientos técnicos para dirigir el ejercicio del poder que le corresponde hacia la realización de fines de interés social. Es obvio que el propietario no se ha transformado en un simple funcionario, ya que si ello fuera así, se llegaría a la absurda conclusión de que todo titular de un derecho de propiedad necesitaría de asesoramiento técnico para llevar a cabo el ejercicio del poder que se le otorga.

De todas las diferencias hasta este punto señaladas, se puede deducir que la propiedad privada se aleja del concepto de función debido al modo en el que se disponen en su seno las categorías de poder y deber, no porque esté constituido tan sólo por un núcleo de poder.

Bajo la vigencia del Art. 33 CE y la legislación de inspiración social que ha desarrollado los postulados constitucionales, el derecho de propiedad comporta para su titular

---

<sup>28</sup> SANTORO PASSARELLI, FRANCESCO. "Proprietà privata e Costituzione", en Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. Anno XXVI. Ed. Giuffrè, Milano 1979, pag. 960. BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit. pags. 258 y 259.

además de un conjunto de facultades, la imposición de ciertos deberes y obligaciones en el ejercicio del mismo.<sup>29</sup>

En consecuencia, el contenido dominical se encuentra formado por una situación de poder, representada por un conjunto de facultades y posibilidades de actuación, junto una situación de deber integrada por una diversidad de obligaciones y límites que se imponen al ejercicio de dichas facultades.

Desde este punto de vista, al menos aparentemente, la propiedad privada estaría dotada

---

<sup>29</sup> La incorporación en el contenido del derecho de propiedad de límites, deberes y obligaciones ha sido una de las consecuencias de la constitucionalización del principio de la función social que más ha destacado la doctrina, prodeciéndose, a continuación, al estudio de las consecuencias jurídicas que este fenómeno comporta. Sobre la conformación del contenido dominical como un complejo formado por poderes y deberes Vid. CAPIZZANO, EZIO. "L'attività agricola fra proprietà e contratto", Riv. Dir. Agr. Anno LV 1976, pags. 568 y ss., con especial referencia al aspecto dinámico que la incorporación de deberes introduce en el derecho de propiedad. LUNA SERRANO, AGUSTIN. "Il diritto agrario e la costituzione spagnola del 1978: fondamenti costituzionali della proprietà e dell'impresa agraria", antes cit., pags. 56 y ss. WOLFF, MARTIN. "Derecho de cosas", antes cit. pag. 328. Igualmente la anotación de PEREZ GONZALEZ y ALGUER en la pag. 333 del mismo volumen. CICALA, GIUSEPPE. "Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano", Ed. Eugenio Jovene, Napoli 1965, pag. 95. LICHOROWICZ, ALEKSANDER. "La proprietà fondiario-agraria e la costruzione civilistica del diritto di proprietà", antes cit. pags. 25 y ss. BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit. pags. 283 y ss. MARTIN-BALLESTERO Y COSTEA, LUIS. "La obligación de hacer en las fincas rústicas", antes cit. pags. 541 y 546. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral", antes cit. pag. 250. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pags. 137 y ss. Del mismo modo la incorporación de los deberes y obligaciones al contenido del derecho de propiedad ha sido ya admitida en nuestro ordenamiento jurídico por diversas disposiciones legislativas. Entre ellas destacamos la Ley 3 de Julio de 1984, núm. 8/84 del Parlamento de Andalucía sobre Reforma Agraria (B.O. Junta de Anadalucía 6 de Julio de 1984 núm. 65, en cuya exposición de motivos se dice literalmente: "se puede decir con práctica aceptación general, que la función social de la propiedad supone la incorporación de la perspectiva del deber al derecho subjetivo, deber que modaliza su ejercicio". Pues bien, la razón de resaltar especialmente los dictados de esta Ley radica en el hecho de que en la STC. 37/1987 de 26 de Marzo,(que precisamente conoce de la inconstitucionalidad de la misma) el Tribunal Constitucional admite con unas palabras muy similares la incorporación del deber al derecho subjetivo de propiedad, diciendo en su Fto. Jco. 2º "... la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes en atención a valores o intereses de la colectividad...". La misma línea jurisprudencial parece ser reiterada en la más reciente STC 89/1994 de 17 de Marzo en su Fto. Jco. 4º.

de una estructura similar a la de la potestad o la función, porque éstas también encuentran su fundamental apoyo en el binomio poder-deber.<sup>30</sup>

Sin embargo, esta similitud estructural no es válida, ni suficiente, como fundamento necesario para afirmar que la propiedad ha dejado de ser un derecho subjetivo para convertirse en una función o potestad. El verdadero dato en base al cual ha de juzgarse si ese fenómeno se ha producido es la manera en la que las categorías de poder y deber se relacionan, actúan y disponen en el contenido del derecho de propiedad. Por lo tanto, la configuración de la propiedad privada como una función o potestad no depende solamente de que su estructura se disponga a modo de poder-deber, sino de la posición que cada uno de estos componentes adopta en su interior.

Al ser necesariamente el interés ajeno, y no propio, el que ha de perseguirse en el ejercicio de la potestad o de la función, y al estar reducido al mínimo el ámbito de libertad reservado para ello, se deduce que el poder que se concede a su titular se halla totalmente subordinado al cumplimiento del deber, el cual constituye el elemento central y fin primordial al que se dirigen instituciones.

El único y exclusivo fundamento de la atribución de un poder en concepto de función o potestad es la realización del deber. Es decir, aquél se concibe exclusivamente como un

---

<sup>30</sup> Sobre la configuración de la potestad como un derecho-deber, Vid. entre otros autores: SANTORO PASSARELLI, FRANCESCO. "Doctrinas generales del Derecho Civil". Ed. Revista de Derecho Privado. Trad. de Agustín Luna Serrano. Madrid 1964, pags. 69 y 70. BRANCA, GIUSEPPE. "Instituciones de Derecho Privado", antes cit. pag. 16. BARBERO, DOMENICO. "Sistema del Derecho Privado". Vol I. Introducción. Parte Preliminar y Parte General. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1967, pag. 181. PERLINGIERI, PIETRO. "Profili istituzionali del Diritto Civile", antes cit. pags. 214 y ss. NOVOA MONERAL, EDUARDO. "El derecho de propiedad privada", antes cit. pags. 60 y ss. MESSINEO, FRANCESCO. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Tomo II, Doctrinas Generales. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1979, pags. 14 y 15.

instrumento, un medio material para la realización del comportamiento debido que es el fin esencial al cual ha de tender la actividad del titular.<sup>31</sup> En suma, el poder se halla totalmente predeterminado en su ejercicio por el deber.<sup>32</sup>

Por el contrario, si en la propiedad la realización del interés público no aparece como fin, sino como medio para la satisfacción del interés individual que ha de ser necesariamente respetado, se puede concluir que, en el marco del vigente ordenamiento jurídico constitucional, el dominio se sigue identificando con la idea de poder, el cual simboliza el elemento esencial y fin primordial de la misma.<sup>33</sup> Para el propietario, el deber representa el aspecto complementario y accesorio de su poder.

El ejemplo de la expropiación forzosa, anteriormente citado para demostrar que el interés individual del propietario sigue siendo portegido en cuanto a tal, puede ser traído de nuevo a colación para probar que, en materia de propiedad, el deber constituye el complemento del poder.

En el Art. 2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, así como en los Arts. 1 y 2 de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables y en el Art. 207 del TR de la

---

<sup>31</sup> Como ejemplo típico sería el caso del Juez, al cual el ordenamiento jurídico le concede un poder con la única y exclusiva finalidad de garantizar el cumplimiento de las leyes y la realización de la justicia. El poder solamente se otorga al Juez para que pueda cumplir la misión que se la ha encomendado. Constituye un instrumento imprescindible para el desarrollo de su deber. Dificilmente el Juez podría hacer valer la acción de la justicia si no estuviese investido de ese poder. En el mismo sentido, el poder que se atribuye al tutor o al titular de la patria potestad se encuentra exclusivamente justificado en la posibilidad de cumplir con el deber de velar por el interés de los menores encomendados a éstos.

<sup>32</sup> Hacemos nuestra en este caso la terminología utilizada por SANTORO PASSARELLI, FRANCESCO ("Doctrinas generales del Derecho Civil", antes cit. pag. 73) para diferenciar poderes distintos del derecho subjetivo.

<sup>33</sup> En este mismo entendimiento, MESSINEO, FRANCESCO. "Manual de Derecho Civil y Comercial" Tomo III, antes cit. pag. 256.

Ley del Suelo de 1992 se contempla la sanción de la expropiación para aquellos propietarios que vulneren el deber de cultivar o los deberes urbanísticos que en estas Leyes se imponen. Sin embargo, en el caso de que los aludidos deberes sean incumplidos y por muy antisocial que sea la conducta del propietario agrícola o urbano cuando se proceda a la expropiación siempre habrá de satisfacerse la correspondiente indemnización.

En consecuencia, en el terreno jurídico dominical el concepto primario no es el de deber, sino el de poder. La propiedad no representa una estructura de perfecta reciprocidad entre ambos elementos, porque las obligaciones que se imponen a su titular son consecuencia del derecho que le pertenece. En la propiedad privada el cumplimiento del deber no es el fundamento exclusivo de la atribución del poder, sino, en palabras de MESSINEO, un reflejo del mismo.<sup>34</sup>

Desde este punto de vista se aprecia el error en el que había incurrido DUGUIT al formular las consecuencias de la incorporación de la noción del deber en el contenido del derecho de propiedad. Textualmente decía: "el propietario tiene el deber y, *por consiguiente*, el poder de emplear su cosa en la satisfacción de necesidades comunes, de una colectividad nacional entera o de colectividades secundarias".<sup>35</sup>

Para DUGUIT, el poder del propietario es una mera consecuencia y medio para la realización del deber que está obligado a cumplir en la sociedad. El elemento obligacional adquiere una importancia central, ya que es el fundamento exclusivo de la atribución del

---

<sup>34</sup> MESSINEO, FRANCESCO. Op. antes cit. pag. 263.

<sup>35</sup> DUGUIT, LEON. "Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón", antes cit. pag. 142. Idem. "Las transformaciones del Derecho Público y Privado", antes cit. pag. 243. El subrayado es nuestro.

poder. Es decir, se concluye que "el propietario puede porque debe".<sup>36</sup>

Sin embargo, a nuestro juicio lo que sucede es precisamente lo contrario. El deber es una consecuencia derivada del poder que se atribuye al titular dominical y nunca la causa que lo hace nacer o justifica su existencia. Por lo tanto, nosotros invertimos la frase de DUGUIT, para concluir que "el propietario debe porque puede".

A diferencia de lo que ocurre en la función o en la potestad, el deber no es un fin en sí mismo, sino un medio para evitar que el poder que pertenece al propietario sea usado para satisfacer sus intereses personales de forma egoísta y de manera radicalmente antisocial. Parece, por lo tanto, que el deber es el elemento que realiza el aspecto social de la propiedad privada.

Si se entiende que los deberes y obligaciones son los mecanismos y medios fundamentales a través de los cuales opera la función social, sabiendo como actúan aquéllos, es fácil deducir como lo hace ésta.

Desde la consideración del modo de actuar de los deberes y obligaciones respecto los poderes dominicales, no resulta difícil admitir que la recepción a nivel constitucional del principio de la función social, no supone obstáculo alguno para conceptuar a la propiedad privada como un auténtico derecho subjetivo.

La función social se muestra totalmente compatible con la naturaleza de derecho subjetivo de la propiedad, ya que la misión que le ha sido constitucionalmente asignada no

---

<sup>36</sup> En sentido contrario a nuestra interpretación sobre las palabras de DUGUIT, Vid. NOVOA MONREAL, EDUARDO. "El derecho de propiedad privada", antes cit. pag. 61.

es eliminarla o sustituirla, sino configurarla y modalizarla.<sup>37</sup> Su única intención es, mediante la imposición de límites, deberes y obligaciones, flexibilizar el ejercicio del derecho subjetivo dominical<sup>38</sup>, atemperándolo en sentido social para evitar las nefastas consecuencias a las que habían llevado las concepciones subjetivistas del orden liberal.

De lo que hay necesidad en el momento actual, es de coordinación de la perspectiva individual-subjetiva y social sin exclusiones en nombre de esta última. Consecuentemente, la incorporación de deberes y obligaciones de sentido social al contenido de la propiedad privada no supone que ésta haya perdido su identidad de derecho subjetivo para transformarse en una categoría jurídica o en un derecho distinto.<sup>39</sup>

La propiedad no es una función social, sino que debe cumplir y desempeñar en su ejercicio una función social.<sup>40</sup> El motivo creemos que lo señala acertadamente DABIN

---

<sup>37</sup> En esta misma línea HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "La propiedad privada y su función social en la Constitución.", *antes cit.* pag. 17.

<sup>38</sup> Son palabras de ROUAST, ANDRE. "L'évolution du droit de propriété", en MAZEAUD, HENRY/JEAN/LEON. "Lecciones de Derecho Civil", Parte II, Vol IV, *antes cit.* pag. 27.

<sup>39</sup> En este sentido, DE CUPIS ha puesto de relieve que "la limitabilidad normal en el ejercicio del derecho de propiedad no es dato suficiente para afirmar que estemos en presencia de un derecho distinto". Sobre este punto, DE CUPIS, ADRIANO. "Pienzezza e perpetuità della proprietà", en Riv. Dir. Civ., anno XXVIII 1982, pag. 167. Igualmente, PASQUAU LIAÑO ha recalcado que "el dato de la intervención administrativa no es suficiente para alterar sustancialmente la naturaleza propia de una institución jurídica; más bien parece que, desde un punto de vista global y no "departamentalizado", la intervención administrativa constituye un aspecto más, integrado en la institución. La configuración del Estado como un Estado Social, Democrático y de Derecho supone, por lo pronto, que todo el llamado "sector privado" está al menos potencialmente sometido a la intervención activa de la Administración". Vid. PASQUAU LIAÑO, MIGUEL. "Sobre la interpretación de los términos "legislación civil" del Art. 149.1.8º de la Constitución española", en "Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas", estudios dirigidos por Moreno Quesada, Ed. Tecnos, Madrid 1989, pag. 222.

<sup>40</sup> La verdad es que la doctrina mayoritaria coincide totalmente en afirmar, sin dudarle siquiera, que la constitucionalización de la función social no supone privar a la propiedad de su naturaleza de derecho subjetivo para transformarla en una función. Ahora bien, en lo que sí se aprecia variación es en los motivos que se aluden para fundamentar tal afirmación. Así, ALBALADEJO, MANUEL

cuandi afirma que "el derecho de propiedad no se convierte en una función social, bien en todo, bien en parte, por el hecho de que esté condicionada o limitada por el interés social. Esa limitación no modifica ni la naturaleza ni la función del derecho que sigue estando, por lo demás al servicio de su titular."<sup>41</sup>

Trayendo a colación la conocida frase "*la proprietà ha, non è, una funzione sociale*".<sup>42</sup>

---

"Derecho Civil." Derecho de bienes. Tomo III, Vol. I, Parte General y Derecho de propiedad. Ed. Bosch, Barcelona 1989, pag. 251) considera que "la propiedad no es una función social, en el sentido de que se otorgue el poder sobre la cosa para que, mediante su adecuado uso, se desempeñe dicha función en beneficio de la Comunidad. La propiedad, al menos en nuestro Derecho, es un derecho subjetivo privado otorgado a su titular para la satisfacción de intereses suyos dignos de protección jurídica." En opinión de SCIACCA ("Concepto de propiedad", REP. Sept-Oct. 1954, pag. 10) "la propiedad no es una función social, pero tiene, debe tener, una función social, esto es, debe de usarse de ella como de un bien común". En el mismo sentido, MESSINEO ha afirmado que "con la ponderación constitucional de la función social se ha pretendido subordinar al interés público los intereses de los particulares y realizar una armónica coordinación entre ellos; pero esto no es concebir la propiedad como una función. Lo que significa es que se atribuye a la propiedad una finalidad pero no una función social." Cfr. MESSINEO, FRANCESCO. "Derecho Civil y Comercial". Tomo. III, antes cit. pag. 254. Comparten estas mismas ideas en la doctrina española, entre otros autores: PEREZ LUÑO, ANTONIO E. "Comentarios a las Leyes Políticas", Art. 33. Tomo III, antes cit. pag. 421. O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER. "Compendio de Derecho Civil", Tomo III, Derechos reales e hipotecario, Ed. Rev de Derecho Privado, Madrid 1985, pag. 76. En el misma manera opina MARTINEZ VAL al decir que "la asunción de los derechos sociales en las Constituciones se ha ido haciendo sin que sufrieran mengua ninguna los derechos individuales porque entre la originaria preocupación individualista y la nueva inspiración social no hay ni divergencia ni contradicción, ya que ambas se mueven en teleologías concurrentes". Vid. MARTINEZ VAL, JOSE MARIA. "Comentarios a las Leyes Políticas", Art. 38 CE, Tomo III, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Ed. Edersa, Madrid 1983 pag. 654.

<sup>41</sup> Cfr. DABIN, JEAN. "El derecho subjetivo", antes cit. pag. 274.

<sup>42</sup> El origen del citado aforismo se encuentra en la concepción cristiana de la propiedad privada, y luego fue muy difundido en tiempos de la Italia fascista. Con la frase "la propiedad tiene, no es, una función social" se quería indicar la posición de la propiedad privada en el sistema de los derechos subjetivos, preservando su carácter de prototipo y paradigma. Con esta finalidad se predicaba que la función social operaba una mera templanza externa del derecho subjetivo de propiedad, sin alterar en lo más mínimo ni su naturaleza, ni su esencia. Ahora bien, nosotros utilizamos la fórmula aludida con un sentido un tanto diverso al originario. Nuestra intención no es resaltar que la propiedad privada no se haya convertido en una función social porque los límites derivados de ésta se coloquen en su faz externa. Por el contrario, tratamos de demostrar que aún con la incorporación de deberes y obligaciones de sentido social al contenido de la propiedad privada, ésta no se ha transformado todavía en una función social y no existe problema sustancial alguno para seguir calificándola como un



Debido a la constitucionalización del principio de la función social, la propiedad privada no se ha convertido en una función, sino que sigue siendo un auténtico derecho subjetivo, aunque ya no reconducible a su concepción tradicional liberal, como esfera subjetiva de libre de disposición, en la que los deberes y las obligaciones al servicio del interés general no tenían cabida.

De la misma opinión parece ser el Tribunal Supremo quien equilibradamente pondera las exigencias derivadas del cumplimiento de la función y la naturaleza de derecho subjetivo que, pese a la constitucionalización de este principio, ha de seguir siendo reconocida en la propiedad privada, advirtiendo que "la propiedad del particular sigue siendo algo más que una simple función pública o social, puesto que en nuestro actual ordenamiento continúa conservando su núcleo primario de derecho subjetivo, uno de los principales que integran la constelación de los derechos de la personalidad, amparado en la cobertura legal que le proporciona el Código Civil -arts. 348, 349 y 350- y la propia Constitución española (art. 33)".<sup>43</sup>

Tras la instauración del actual modelo de Estado de Bienestar, la propiedad privada se muestra como un derecho subjetivo, pero totalmente renovado en su configuración jurídica.

Debe, por lo tanto, rechazarse la idea de que la previsión de límites sociales a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disposición y disfrute, hagan

---

auténtico derecho subjetivo. En torno a la frase "*la proprietà ha, non é, una funzione sociale*" Vid. RODOTA, STEFANO. "Note critiche in tema di proprietà", antes cit. pag. 1292. Idem. "El terrible derecho...", antes cit. pag. 215. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 274. TAMPONI, MICHELE. "Una proprietà speciale", cit. pag. 307. En la doctrina española MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pag. 188.

<sup>43</sup> Vid. SSTs 21 Febrero 1981 (Cont-Adm) Cdo. 1º (RJA 1147) y 5 Mayo 1981 (Cont-Adm) Cdo. 5º (RJA 2023).

irreconocible a la propiedad como perteneciente al tipo de los derechos subjetivos,<sup>44</sup> porque, si de un lado la dimensión social de la propiedad privada es en todo conforme con la imagen que de este derecho subjetivo se ha formado la sociedad contemporánea, de otro la misma disciplina constitucional del derecho de propiedad privada incluye también a la función social como elemento integrante de su contenido.

Ya no estamos en presencia de una propiedad entendida como poder subjetivo individual limitable extrínsecamente *a posteriori*, sino originariamente definido y delimitado normalmente por las exigencias intrínsecas de tipo social.<sup>45</sup>

Así las cosas, teniendo en cuenta la profunda transformación acaecida en el vigente Estado de Bienestar, la propiedad privada puede seguir siendo considerada como el paradigma y el prototipo de los derechos subjetivos, porque la indisoluble conexión a la que aludíamos inicialmente entre ambas categorías jurídicas no ha venido a menos como consecuencia de la constitucionalización de la función social.<sup>46</sup>

Múltiples y diversas han sido las nociones que la doctrina ha elaborado sobre el derecho subjetivo. Pero, sin embargo, ya se considere éste como un poder de la voluntad<sup>47</sup>,

---

<sup>44</sup> En sentido similar, STC. 11/1981 de 8 de Abril, Fto. Jco. 8º. Igualmente, STC. 37/1987 de 26 de Marzo, Fto. Jco. 2º y STC 89/1994 de 17 de Marzo Fto. Jco. 4º.

<sup>45</sup> En esta misma línea HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "La propiedad privada y su función social en la Constitución", pags. 15 y 16. No obstante, lo afirmado no quiere decir la función social sea un título de legitimación o una causa justificativa del reconocimiento y garantía constitucional de la propiedad privada. Queremos únicamente poner ahora de manifiesto que la función social forma parte del contenido del derecho constitucional de propiedad privada.

<sup>46</sup> Es partidario de la misma manera de pensar COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit. pags. 231 a 233.

<sup>47</sup> WINDSCHEID, BERNHARD. "Tratado de Derecho Civil alemán", antes cit. pag. 135.

como un interés jurídicamente protegido<sup>48</sup>, como un medio procurado del ordenamiento jurídico para la protección de un interés<sup>49</sup>, como poder de la voluntad que tiene el hombre que y es reconocido y protegido por el ordenamiento para la satisfacción de la misma<sup>50</sup>, los caracteres esenciales y las notas identificativas de la propiedad privada resultan siempre apreciables en todas y cada una de esas diferentes concepciones.

La naturaleza de derecho subjetivo de la propiedad privada no puede ser puesta en duda. A nuestro juicio, la transformación que ha supuesto la incorporación de los nuevos deberes en el contenido de los derechos dominicales circula paralela a una evolución en sentido social en la concepción de todos los derechos subjetivos patrimoniales que, a diferencia de antaño, impide concebirlos como un poder jurídico de disposición ejercitable en plena y completa libertad.

La propiedad privada se ha transformado en cuanto a su contenido de forma sustancial, pero subsiste su consideración como derecho subjetivo porque su evolución, que no entraña sino una manifestación más de las tendencias de tipo social que presiden nuestro ordenamiento jurídico en su totalidad, no ha eliminado (sino simplemente limitado por razón del interés

---

<sup>48</sup> IHERING, RUDOLF VON. "L'esprit du droit romain". Trad. francesa. París 1888. Cit. por ORESTANO, RICCARDO "Teoria e storia dei diritti soggettivi", antes cit. pag. 99. WINDSCHEID, BERNHARD. "Tratado de Derecho Civil alemán", antes cit. pags. 133 y 135. FROSINI, VITTORIO. Voz "Diritto Soggettivo", antes cit. pag. 1049. DABIN, JEAN. "El derecho subjetivo", antes cit. pags. 81 y ss.

<sup>49</sup> Se trata de la teoría de THON "Rechtsnorm und subjektives Recht", Weimar 1878. Para una examen más amplio de la misma, además de la referencia bibliográfica anterior, véase la crítica y estudio de su obra "Norma giuridica e diritto soggettivo" efectuado por BARBERO, DOMENICO. "Sistema del Derecho Privado", Vol I, antes cit. pags. 167 y ss.

<sup>50</sup> Es la teoría mixta de JELLINEK, que aparece como un punto intermedio entre las teorías de WINDSCHEID y de IHERING. Sobre las teorías mixtas del derecho subjetivo consúltese la bibliografía ultimamente citada y especialmente DABIN, JEAN. "El derecho subjetivo", antes cit. ahora pags. 90 a 100, donde a la doctrina de JELLINEK se suma la de otros importantes autores como MICHOU, FERRARA y SALEILLES.

social) la protección del interés individual que justifica la libertad de disposición constitutiva de la esencia de la categoría jurídica integrante del derecho subjetivo.

## **2. LA FUNCION SOCIAL COMO LIMITE EXTERNO AL DERECHO SUBJETIVO DE PROPIEDAD PRIVADA.**

En el extremo radicalmente opuesto a las teorías mantenidas por el positivismo sociológico, se sitúan otros sectores doctrinales que ven en la función social un mero límite externo que pesa sobre el derecho de propiedad.

Si para DUGUIT y sus seguidores la función social anulaba completamente la naturaleza subjetiva del derecho de propiedad, para la doctrina que va a ser estudiada a continuación las nuevas orientaciones sociales, recibidas a nivel constitucional, no afectan en lo más mínimo a la configuración tradicional de la propiedad privada como un derecho subjetivo.

En opinión de estos autores,<sup>51</sup> la propiedad permanece incólume en su más íntima

---

<sup>51</sup> Entre otros, conciben la función social como un mero límite externo al derecho de propiedad: DE MARTINO, FRANCESCO. "Commentario dal Codice Civile", cit. pag. 145. TABET, ANDREA y OTTOLENGHI, ENZO. "La proprietà", antes cit. pags. 24 y 25. BRANCA, GIUSEPPE. "Instituciones de Derecho Privado", antes cit. pag. 185. En un sentido no demasiado claro y de difícil comprensión IANNELLI, ANTONIO. "La proprietà costituzionale", antes cit. pags. 238 y 239. SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO. "Proprietà privata e Costituzione", antes cit. pag. 960. En nuestra doctrina, en un principio, ALBALADEJO llegó a afirmar que la función social es una simple indicación programática o adjetiva, carente de repercusión inmediata sobre la naturaleza del derecho de propiedad. Posteriormente rectifica y estima que el derecho de propiedad ha de estar sujeto a una función social que delimita su contenido de acuerdo con las leyes. Al respecto Vid. ALBALADEJO, MANUEL. "Derecho Civil", Tomo III Vol. I, antes cit. pag. 252. Sin embargo, persiste en considerar a la función social como un mero límite externo a la propiedad privada DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. de manera reiterada en pags. 137, 143, 181 y 182, 188 a 190, 207. Idem. Voz "Propiedad", antes cit. pags. 944 y 945. Igualmente "El urbanismo desde la perspectiva del Derecho Privado", cit. pags. 296 a 298.

esencia, ya que se entiende que la función social actúa únicamente en su faz externa como criterio de templanza del contenido dominical, sin afectar en absoluto a su naturaleza subjetiva.

En gráfica expresión, ANNA DE VITA describe la la manera en la que estos sectores doctrinales conciben la actuación de la función social, al referirse a ella con el apelativo de "camisa de fuerza impuesta al derecho subjetivo".<sup>52</sup> Es decir, los límites, deberes y obligaciones que se derivan del cumplimiento de la función social, restringen y comprimen desde el exterior el ámbito de libre disposición inherente a la titularidad de un derecho subjetivo de propiedad.

Los razonamientos seguidos para llegar a esta conclusión pueden ser resumidos de la siguiente manera.

Se parte de la premisa fundamental de que las nociones de propiedad privada y función social son totalmente incompatibles. La propiedad privada es un derecho subjetivo que representa un poder de libre disposición dirigido a la satisfacción de los intereses individuales de su titular. Por el contrario, la función social representa un conjunto de límites y obligaciones que son impuestos al propietario para lograr la consecución de un interés que le es del todo ajeno: el interés social de la comunidad globalmente considerada.

Consecuentemente, para estos autores, como ha recalcado GALGANO, hablar de derecho de propiedad y función social es una contradicción *in terminis* : "¿cómo puede ser la propiedad al mismo tiempo derecho y función?, ¿puede ser un mismo sujeto

---

<sup>52</sup> DE VITA, ANNA. "Intervención en el Congreso de Camerino", antescit. pag. 169. En el mismo sentido BASSOLS COMA, MARTIN. "Constitución y sistema económico", antes cit. pag. 122.

contemporaneamente portador de un derecho, que es protección jurídica de un interés, y de una función que es poder reconocido para satisfacer intereses ajenos?".<sup>53</sup>

Dicha contradicción se manifiesta, por lo tanto, en el hecho de que la idea de función como vínculo repugna a la de propiedad como derecho, ya que el derecho es poder, no función y tampoco poder finalista.<sup>54</sup>

Propiedad privada como derecho subjetivo y función social como vínculo son términos incompatibles en su esencia, porque se trata de dos categorías heterogéneas y radicalmente distintas. En este entendimiento, se deduce que no tiene sentido conciliar internamente ambas figuras jurídicas, ya que no sólo se refieren a situaciones diferentes, sino que también se caracterizan por estar compuestas de elementos contrastantes.<sup>55</sup>

A una conclusión clara llegan los integrantes de estas corrientes doctrinales. La función social resulta indisoluble en el contenido del derecho de propiedad privada. En consecuencia, la compatibilización habrá que buscarla en un ámbito meramente externo que no afecte a la

---

<sup>53</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", antes cit. pag. 152.

<sup>54</sup> Así lo ponen de relieve, LENER, ANGELO. "Problemi generali della proprietà", antes cit. pag. 9. RODOTA, STEFANO. "Note critiche in tema di proprietà", cit. pags. 1299 y 1300. Del mismo autor "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 372. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", antes cit. pag. 223. Igualmente "Propiedad. Diritto Vigente", antes cit. pag. 134. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pag. 187. CASTILLO VEGAS, JESUS L. "Personalismo y derecho de propiedad", Ed. Grapheus, Valladolid 1992, pag. 76. NOVOA MONREAL, EDUARDO. "El derecho de propiedad", cit. pag. 64. REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", antes cit. pag. 359.

<sup>55</sup> Es el pensamiento originario de PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 141. Inicialmente decía el profesor italiano: "Función y derecho subjetivo son entidades que divergen y no se pueden conciliar". Los precedentes de esta manera de pensar pueden ser también encontrados en los estudios de BARASSI, el cual contraponía también los términos derecho y función. En particular BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit. pags. 286 y ss. Más recientemente y con posterioridad a los autores ahora citados COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 231.

esencia subjetiva dominical.

En efecto, los partidarios de estas posturas llegan a la solución de que el principio de solidaridad social conlleva la aparición de deberes, vínculos y límites, pero éstos solamente comprimen al derecho de propiedad desde el exterior, ya que la idea de función como vínculo repugna a la de propiedad como derecho.<sup>56</sup>

Consiguientemente, en el interior del derecho de propiedad privada continuaría existiendo un núcleo duro, impenetrable a la acción de la función social que se identificaría con el ámbito de libre actuación del propietario. Mientras, en una especie de círculo concéntrico exterior se agruparían los límites y obligaciones derivados del interés social de la colectividad, evitándose de esta manera el peligro de desnaturalización del derecho subjetivo de propiedad.

Pues bien, como puede apreciarse, desde este punto de vista doctrinal, derecho subjetivo de propiedad y función social no logran conciliarse y operar coordinadamente bajo una unidad de acción, ya que se configuran en una relación de oposición como términos yuxtapuestos y antitéticos.

Entre las principales corrientes doctrinales que estiman que la función social es un mero límite externo que carece de virtualidad para integrar el contenido del derecho de propiedad podemos destacar las siguientes:

---

<sup>56</sup> Tal y como señala DE MARTINO, "finalidades sociales, obligaciones impuestas específicamente al propietario por la ley, límites en interés público, cualquiera que pueda ser su amplitud son siempre extraños al contenido del derecho y no pueden pretender caracterizarlo". Vid. DE MARTINO ,FRANCESCO. "Commentario del Codice Civile", antes cit. pag. 145.

En primer término, hemos de referirnos a la doctrina social de la Iglesia Católica sentada por la patrística, especialmente Santo Tomás de Aquino, y desarrollada posteriormente en las Encíclicas Pontificias, entre las que sobresalen la *Rerum Novarum* (León XIII, 1891), *Quadragesimo Anno* (Pío XI, 1931), *Mater e Magistra* (Juan XXIII, 1961), *Centesimus annus*, (Juan Pablo II, 1991).<sup>57</sup>

La Iglesia postulaba ya el cumplimiento de la función social de la propiedad privada con gran anterioridad temporal a que fuese recibida en el pensamiento jurídico. Las primeras obras técnico-jurídicas en las que se habla de la función social datan de principios del presente Siglo, mientras que del ejercicio social de la propiedad se trataba ya en la Encíclica *Rerum Novarum*, redactada por León XIII en 1891. Además, a ello hay que añadir que todavía transcurren bastantes años desde que los juristas comienzan a discutir en sus estudios

---

<sup>57</sup> La referencia al pensamiento social de la Iglesia podría ser criticada en el entendimiento de que carece de justificación en un trabajo estrictamente jurídico como el ahora llevado a cabo. Sin embargo, consideramos que concurren razones suficientes que aconsejan, si bien no un estudio en profundidad, sí un sencillo acercamiento a la doctrina social católica en materia de propiedad privada. Baste, por lo tanto, aquí con hacer una simple mención a las Encíclicas Pontificias. Para un estudio más amplio de la doctrina social de la Iglesia Católica en materia de propiedad privada Vid. entre otros: PITARQUE, FELIPE. "La cuestión social. Solución". Ed. Librería Casulleras, Barcelona 1949, pags. 48 y ss. VAN GESTEL, C. "La Iglesia y el problema social". Trad. de J. M<sup>a</sup> Vázquez. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1963, pags. 196 y ss. SIERRA BRAVO, RESTITUTO. "La propiedad privada en la doctrina social de la Iglesia". Ed. Consejo Superior de investigaciones Científicas. Instituto "Balmes" de Sociología. Madrid 1967, pags. 17 y ss. CASTAN TOBEÑAS, JOSE MARIA. "Familia y propiedad. La propiedad familiar en la esfera civil y en la del derecho agrario." antes cit. pags. 46 y ss. VALLET DE GOYTISOLO, JUAN BERCAMS. "Fundamento, función social y limitaciones de la propiedad privada" en "Estudios sobre derecho de cosas", Vol I, Ed. Montecorvo, Madrid 1985, pags. 119 y ss. RUIZ-JIMENEZ, JOAQUIN. "La propiedad, sus problemas y su función social". Vol. II, Ed. Anaya, Salamanca-Madrid 1962, pags. 161 y ss. GAVILA, SALVADOR. "De la idea de la propiedad", en RGLJ 1865, pags. 241 y ss. CAMPUZANO Y HORMA, FERNANDO. "El derecho de propiedad en la nueva Constitución española", antes cit. ahora en su parte primera, pags. 360 y ss. CASTILLO VEGAS, JESUS L. "Personalismo y derecho de propiedad", antes cit. pags. 62 y ss. DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. Voz "Propiedad", antes cit. pag. 939. Idem. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pags. 164 y ss. REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", antes cit. pags. 92 y ss.



sobre la función social, hasta que ésta es recibida a nivel normativo en un texto legislativo.<sup>58</sup>

Si bien es cierto lo puesto de relieve, no lo es menos que la actual forma de concebir en el mundo jurídico el principio de la función social, poco tiene en común con el valor que inicialmente le fue otorgado y hoy en día es mantenido por la doctrina de la Iglesia Católica.

Para la doctrina social reiterada en las distintas Encíclicas Pontificias, la propiedad privada es un derecho natural que tiene su origen no en los hombres sino en Dios. La naturaleza divina ha dado a los particulares la propiedad, y por tanto, debe ser concebida como un derecho inviolable e absoluto anterior al Estado mismo.<sup>59</sup>

Sin embargo, quienes son propietarios han de considerarse privilegiados y, por esa misma razón, han de compartir sus bienes con los demás, porque son escasos. Si la Iglesia defiende la propiedad privada es debido a que con ella se persigue un alto fin ético-social. Su uso ha de servir siempre al bien común.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Hablar sobre el ejercicio social del derecho de propiedad, sin que ello fuese todavía prescrito por ningún texto normativo, era una de las principales objeciones que se dirigían contra el pensamiento de DUGUIT. Este mismo autor se refería a la crítica que le realizaba JEZE, cuando éste le reprochaba literalmente lo siguiente: "Admitimos que marchamos hacia un sistema de derecho en el que la propiedad tendrá por fundamento la obligación del propietario de cumplir una cierta función. Pero no hemos llegado todavía ahí; y la prueba es que ninguna legislación impone todavía al propietario la obligación de cultivar su campo, de conservar su casa, de hacer valer sus capitales". Aparece recogida esta crítica, junto a la respuesta que DUGUIT ofrece a la misma en sus obras "Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón", antes cit. pags. 139 y ss. Idem. "Las transformaciones del Derecho Público y Privado", antes cit. pags. 241 y ss.

<sup>59</sup> Encíclicas *Rerum Novarum* (núms 6, 7, 10 y 8) y *Quadragesimo Anno* (núm. 23). Para su consulta Vid. "Doctrina Pontificia", Vol III. Documentos Sociales. Edición preparada por Federico Rodríguez. Ed. Católica, Madrid 1964, pags. 256 y ss. para los núms. citados de la Encíclica *Rerum Novarum* y pag. 615 para la Encíclica *Quadragesimo Anno*.

<sup>60</sup> *Ibidem* Supra y Radiomensaje de Pio XII de 1 de Septiembre de 1944 en el quinto aniversario de la Guerra Europea. (núms. 28 a 30).

En el pensamiento católico, aunque la propiedad es un derecho natural que ha sido dado por Dios a los hombres, se cree que corresponde al individuo, en cuanto que propietario, la labor de perseguir junto a su interés particular, el interés general y el bien común, compartiendo sus riquezas con aquellos que nada poseen.<sup>61</sup>

De este dato, es posible concluir que la doctrina social de la Iglesia Católica circunscribe la función social en la esfera de los deberes morales, concibiéndola como una obligación de la conciencia individual antes que una regla de conducta sancionada por el Derecho.<sup>62</sup>

De esta forma, la función social representa una templanza del derecho de propiedad, un dato externo a su estructura, que entra en juego para el propietario respecto de su conducta personal, aunque no respecto del ejercicio del derecho.<sup>63</sup>

En definitiva, para el pensamiento católico, la función social es una regla moral carente de valor jurídico que opera desde el ámbito externo de la propiedad privada, porque ésta se considera como un derecho natural e inviolable anterior al Estado y al Derecho mismo.

La doctrina social católica sucintamente expuesta parece haber sido tomada como inspiración por algunos juristas para construir en el ámbito estrictamente jurídico sus teorías

---

<sup>61</sup> CAMPUZANO Y HORMA, FERNANDO. "El derecho de propiedad en la nueva Constitución española", antes cit. pag. 360. CASTAN TOBEÑAS, JOSE MARIA. "Familia y propiedad. La propiedad familiar en la esfera Civil y en la del Derecho Agrario", antes cit. pags. 46 y 47.

<sup>62</sup> RESCIGNO, PIETRO. "Per un studio sulla proprietà", antes cit. pags. 39 y 40. Idem. Voz "Proprietà", antes cit. pag. 272. Del mismo autor "Manuale del Diritto Privato Italiano", antes cit. pag. 452.

<sup>63</sup> Vid. DIEZ PICAZO, LUIS. "Algunas reflexiones sobre la propiedad privada en la Constitución", antes cit. pag. 1266.

acerca de la función social de la propiedad privada. Nos referimos a los autores que sitúan la acción de este principio en el ámbito externo del derecho de propiedad, por considerar que no es un concepto jurídico en sentido estricto, sino una mera regla programática de carácter interpretativo, difícilmente encuadrable dentro del sistema.<sup>64</sup>

En este sentido es digna de resaltar la opinión de DE LOS MOZOS. Para este autor, al no ser la función social un concepto jurídico en sentido propio, no se puede situar al mismo nivel que el concepto de propiedad. Ambas son nociones heterogéneas, ya que si se pudieran poner en un mismo plano, la función social sería una condición o requisito del reconocimiento de la propiedad privada, como sucede con la causa respecto del contrato y del reconocimiento en general de la autonomía privada.<sup>65</sup>

DE LOS MOZOS parece querer afirmar que la función social sólo podrá ser considerada un límite interno de la propiedad privada cuando desde el momento de su reconocimiento sea un elemento inherente a la misma; esto es, cuando contribuya a la

---

<sup>64</sup> En la doctrina italiana TABET, ANDREA y OTTOLENGHI, ENZO. "La proprietà", antes cit. pag. 25, donde textualmente se afirma que "la socialidad del derecho y la función social colectiva que cada bien, en sentido económico, tiene, también si pertenece al particular, puede solamente constituir un criterio interpretativo de las normas jurídicas sobre propiedad. De la misma manera para DE MARTINO, FRANCESCO ("Commentario del Codice Civile", cit. pag. 145) refiriéndose a la posibilidad de disolver en el contenido del derecho de propiedad elementos que respondan a la realización del interés general, estima que éste es un problema que no tiene sentido desde la perspectiva jurídica. Expresivamente resalta IANNELLI, ("La proprietà costituzionale", cit. pags. 238 y 239) que considerar la función social como un límite interno del derecho de propiedad representa solamente un contorsionismo jurídico. En nuestra doctrina DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. Voz "Propiedad", antes cit. pag. 944 y 945. Idem. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pags. 201 y 202.

<sup>65</sup> DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pag. 202. Idem. Voz "Propiedad", cit. pag. 945. Ya con anterioridad y del mismo autor, "El urbanismo desde la perspectiva del Derecho Privado", antes cit. pags. 297 y 298. De manera similar, en la doctrina italiana estima IANNELLI que sólo se podrá considerar la función social un límite interno cuando "contribuya a determinar desde su formación el propio derecho de propiedad privada". Sobre este particular Vid. IANNELLI, ANTONIO. "La proprietà costituzionale", antescit. pag. 239.

determinación de su formación desde su nacimiento. Como argumenta IANNELLI, en estas hipótesis, la función social sería como la "levadura" que hace crecer y formarse al derecho de propiedad.<sup>66</sup>

Sin embargo, se dice que en realidad la función social actúa precisamente en un sentido totalmente contrario, porque no contribuye a la formación del derecho de propiedad, sino a limitar y reprimir *a posteriori* su expansión.<sup>67</sup>

En conclusión, para la doctrina aludida, la función social se sitúa en el ámbito externo del derecho de propiedad por no ser un concepto jurídico en sentido estricto, y no actuar, en consecuencia, como condición o requisito de su reconocimiento.

Desde una perspectiva distinta, existen también sectores doctrinales que consideran que la función social es un límite externo, porque estiman que ésta se predica de la propiedad en cuanto institución y no en cuanto derecho subjetivo.<sup>68</sup>

Las principales argumentaciones utilizadas al respecto consisten en señalar que la propiedad es un derecho subjetivo que ha de servir siempre al interés del propietario. Por lo tanto corresponde sólo al legislador, (y no al propietario) conformar el instituto dominical de una manera que resulte socialmente útil, pero la propiedad como derecho no puede ser

---

<sup>66</sup> IANNELLI, ANTONIO. "La proprietà costituzionale", antes cit. pags. 240 y 241.

<sup>67</sup> Ibidem Supra.

<sup>68</sup> Principalmente y por todos SANTORO PASSARELLI, FRANCESCO. "Proprietà privata e Costituzione", antes cit. pags. 959 y ss. Idem "Proprietà e lavoro in agricoltura", Iustitia, Roma 1953, pags. 64 y 65.

dominada interiormente por una finalidad funcional.<sup>69</sup>

Desde la consideración de la propiedad como un derecho subjetivo que se identifica con un relación jurídica de poder constituida entre un particular y un bien, no hay espacio para la función y, en consecuencia, los límites que la ley pueda imponer por obra de la función social han de permanecer en la faz externa del derecho.

En consecuencia, para la doctrina que así piensa la función social ha de ser cumplida por la institución jurídica dominical, ya que, debido a que no existen derechos-deberes, la propiedad con todos sus límites y obligaciones permanece siempre como un derecho subjetivo.

### **3. LA FUNCION SOCIAL COMO PARTE INTEGRANTE DEL CONTENIDO DOMINICAL.**

El error de las teorías que sitúan la función social en la faz externa del derecho de propiedad radica en reclamar la noción clásica del derecho subjetivo, subrayando, desde esta perspectiva, la imposibilidad de disolver en el dominio elementos de carácter obligatorio que excluyan al sujeto titular la "libre determinación del contenido del tener".<sup>70</sup>

Tal manera de pensar, sólo puede ser mantenida por aquellos autores que, nostálgicos

---

<sup>69</sup> Son argumentos utilizados por SANTORO PASSARELLI, FRANCESCO. "Proprietà privata e Costituzione", cit. pag. 960. Recogidos igualmente, aunque sin hacer referencia a autor específico alguno, por RESCIGNO, PIETRO. "Manuale del Diritto Privato italiano", antes cit. pag. 453. LENER, ANGELO. "Problemi generali della proprietà", antes cit. pag. 9.

<sup>70</sup> RODOTA, STEFANO. "Note critiche in tema di proprietà", antes cit. pags. 1299 y 1330. Igualmente y del mismo autor "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 372. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", antes cit. pag. 223. Por último, "Proprietà. Diritto Vigente", antes cit. pags. 134 y 135.

de tiempos ya pasados, ven aún vigente la conexión entre propiedad y omnímoda libertad. Se trata de juristas y estudiosos del Derecho que parten de postulados absolutos y se muestran reticentes a abandonar su visión iusnaturalista.<sup>71</sup>

Desde estas premisas dogmáticas es lógico que se señale la contradicción entre propiedad privada y función social. Si se sigue identificando el dominio con la idea de plena y absoluta libertad, no cabe duda de que las exigencias de tipo social, en tanto que conllevan una restricción de esa libertad plena, resultan radicalmente antitéticas y, por lo tanto, indisolubles en su interior.

Sin embargo, quienes mantienen que la función social es un mero límite externo no son conscientes de que la propiedad privada ha experimentado, en nuestro Siglo, una transformación tan profunda que impide concebirla como una esfera subjetiva de libre disposición plena.

En el Estado del Bienestar proclamado por la Constitución española de 1978 en su Art. 1º, el derecho subjetivo de propiedad se redimensiona en su esencia adquiriendo una nueva manera de ser comprendido, debido a la mutación que, por efecto de la vinculación al principio de solidaridad social, experimentan sus rasgos definitorios e identificativos.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> En esta misma línea CANTELMO, VINCENZO ERNESTO. "Intervención en el Congreso de Camerino". Actas de las sesiones publicadas bajo el título "Crisi dello Stato Sociale e contenuto minimo della proprietà". Atti del Covegno Camerino, 27-28 Maggio 1982. Ed. Università degli Studi di Camerino, Napoli 1983, pag. 217. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", antes cit. pag. 173. RODOTA, STEFANO. Obras y páginas citadas en la nota anterior.

<sup>72</sup> A la transformación que ha experimentado el derecho subjetivo de propiedad se ha referido GIUSEPPE CICALA ("Diritti Sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano", antes cit. pag. 100.) cuando afirma que se ha producido "una superación de la cualificación operada desde el modelo clásico a causa de la preponderante importancia asumida por factores nuevos, una nueva representación del instituto correlativa a la reducción de la disciplina de relaciones privadas por el prevalecer de relaciones de diverso carácter, a causa de las nuevas dimensiones de la empresa, de los resultados del progreso técnico, de la nueva disciplina del trabajo, etc. Se trata de factores que han

De esta transformación en sentido social se deriva que la propiedad ya no puede ser entendida como un poder de disposición que es ejercitable en completa y total libertad por su titular.<sup>73</sup> Desde esta nueva visión, desaparece totalmente la posible contradicción entre función social y propiedad privada, ya que, al dejarse de identificar ésta con un ámbito subjetivo de libre disposición, es perfectamente factible diluir en su interior deberes y obligaciones que acoten y limiten la extensión de los poderes y facultades que se reconocen al propietario.

La desvinculación con la libertad plena y la ligazón con el principio de solidaridad social, convierten a la propiedad privada en un nuevo derecho subjetivo, plenamente compatible con la idea de vínculo inherente al concepto de la función social.

La metamorfosis dominical acaecida en el seno del actual Estado de Bienestar constituye, a nuestro juicio, una prueba irrefutable que demuestra que la función social no es una mera regla moral, programática o meramente interpretativa carente per se de trascendencia vinculante para el propietario, operando, por esta razón desde fuera del derecho subjetivo de propiedad.

Nos hallamos ante un auténtico principio de valor operativo general informador de nuestro ordenamiento, porque no sólo ha sido reconocido en el marco legislativo ordinario,

---

indudablemente influido sobre los aspectos esenciales del tradicional derecho subjetivo de propiedad." De la misma manera, FERNANDO SALARIS, recordándonos, aunque no lo precise expresamente, el título de la famosa obra de RENE SAVATIER "Les metamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui", sostiene que la propiedad privada ha sufrido una metamorfosis debido al traslado al plano jurídico de las influencias de carácter económico y social. En particular Vid. SALARIS, FERNANDO. "Sulla metamorfosi della proprietà agricola", antes cit. pag. 184.

<sup>73</sup> Del mismo modo el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente en STC 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º) que "*la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho (se refiere a la propiedad) como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto de dominio reservado a su titular...*"

sino al máximo nivel normativo que representa la Constitución, formando parte de un conjunto de disposiciones que concretan las premisas fundamentales del Estado Social. Por obra de su reconocimiento constitucional, la función social no sólo entra a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, sino que además se sitúa en la cúspide del mismo.

En consecuencia, tal y como indica RODOTA, con la explícita previsión constitucional cae la posibilidad de considerar a la función social como algo extraño al ordenamiento.<sup>74</sup>

Aunque no sea demasiado frecuente, la alusión al principio de la función social por el Tribunal Constitucional en algunas de sus resoluciones, demuestra igualmente que no estamos en presencia de una mera regla programática. La misión de nuestro más Alto Tribunal es enjuiciar la constitucionalidad de las disposiciones que forman parte del ordenamiento jurídico e implica necesariamente el valor vinculante de la Constitución en este punto.

Además, cabe resaltar que negar el carácter de concepto jurídico que resulta atribuible a la función social argumentando que ésta es una mera regla programática, tampoco constituye un subrayado de valor para fundamentar la colocación de los límites sociales fuera del contenido dominical, porque el valor programático no quiere decir que carezca de valor jurídico, sino que simplemente resulta no vinculante, lo que no obsta a que la función social pueda actuar como un principio de valor general que venga a informar de manera constante la actividad legislativa.

En resumidas cuentas, la función social es un auténtico principio informador; un principio de valor operativo general elemento integrante de nuestro ordenamiento que goza

---

<sup>74</sup> RODOTA, STEFANO. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 373. Idem. "Proprietà. Diritto Vigente", antes cit. pag. 135.



de un carácter jurídico en el más estricto sentido de la palabra. De este modo, aquella heterogeneidad, mantenida por ciertos autores,<sup>75</sup> entre propiedad privada y función social, se sintetiza, por obra de este principio, en el contenido originario e intrínseco del derecho de propiedad.

La función social opera desde el mismo interior del derecho de propiedad, modalizando, y no solamente comprimiendo o restringiendo exteriormente su contenido. Las exigencias sociales no se traducen en límites que se impongan *a posteriori* a los poderes y facultades dominicales inicialmente reconocidas por el ordenamiento jurídico.

No se trata de que originariamente se atribuya al propietario unas ilimitadas facultades de goce y disposición ejercitables en plena libertad, y que *a posteriori* se restrinja esa inicial libertad cuando así lo exiga el interés social de la colectividad. Lo que realmente sucede es que ya desde un primer momento no se reconocen al titular dominical esos amplios y tendencialmente ilimitados poderes. La anteriormente incondicionada atribución de poder que representaba la propiedad privada en el orden liberal, viene ahora a condicionarse en sentido social.<sup>76</sup>

Por consiguiente, la fijación del contenido normal del derecho de propiedad ha de incluir necesariamente la referencia a la función social, entendida como parte integrante del mismo. Como expresamente ha reconocido el Tribunal Constitucional, "*utilidad individual*

---

<sup>75</sup> Especialmente, como ya ha sido puesto de relieve DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. Vid. mismas obras y páginas anteriormente citadas.

<sup>76</sup> De la misma manera estima RODOTA que se ha producido un cambio en el fundamento de la atribución del poder que representa un derecho subjetivo. Para el citado autor dicha atribución ha dejado de ser incondicionada. Sobre este tema RODOTA, STEFANO. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 379. Idem. "Proprietà. Diritto Vigente", antes cit. pag. 139. Igualmente, BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", antes cit. pag. 183.

y función social definen, por lo tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad".<sup>77</sup>

En el calificativo "inescindible" se halla la clave de la afirmación realizada por el Tribunal Constitucional, porque nos describe la manera en que se relacionan utilidad individual y función social en el seno del contenido del derecho de propiedad privada.

Ambos elementos se encuentran unidos por vínculos inescindibles y lazos tan estrechos, que podríamos llegar a afirmar que en el contenido dominical se entremezclan y confunden perfectamente.<sup>78</sup>

Esta inquebrantable asociación que tiene lugar en el contenido del derecho de propiedad privada, se explica en base al sentido con el que accede el principio de la función social a las Constituciones modernas.

---

<sup>77</sup> STC. 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º) y STC 89/1994 de 17 de Marzo (Fto. Jco. 4º). Se remite expresamente a la primera de estas sentencias STS. 26 Noviembre 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 8650). La idea de que la función social forma parte del contenido del derecho de propiedad ha sido también mantenida en la doctrina. Así, entre otros autores destacan: GALGANO, FRANCESCO. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", antes cit. pag. 152. Por su parte, RODOTA estima que "La función no puede identificarse ulteriormente con la banda externa de la propiedad reservada a la colectividad y se presenta con una expresión elíptica, que unifica los presupuestos de la calificación jurídica de modo tal que se identifica con el contenido mismo de la situación de pertenencia." Vid. RODOTA, STEFANO. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 380. Idem "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada." antes cit. pag. 239. Como admite BARNES, la función social ha de entenderse como el espíritu interno del derecho de propiedad que se otorga para la satisfacción de un interés o utilidad social. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pags. 59 y 60.

<sup>78</sup> Autores como GUMERSINDO DE AZCARATE o H. AHRENS, a finales del Siglo XIX y con ocasión de sus estudios en torno al problema social que en esa época acontece, acertaron ya a descubrir en la propiedad privada dos elementos: el individual y el social. Sin embargo, no se contentaron sólo con realizar este importante descubrimiento, sino que además se atrevieron a profetizar que ambos elementos se encontraban confundidos en el hecho de la propiedad. Más ampliamente y sobre la doctrina de los autores citados Vid. MARQUES Y SEGARRA, MANUEL. "El nuevo derecho de propiedad individual", antes cit. pags. 14 y ss.

La función social nace como una fórmula de compromiso entre las fuerzas políticas que pretendían el mantenimiento de un liberalismo a ultranza basado en la propiedad capitalista de los bienes productivos y aquellos otros grupos que postulaban la abolición de la propiedad privada y la colectivización de los medios de producción.<sup>79</sup>

En este contexto consensual, la disciplina constitucional de la propiedad privada representa un delicado equilibrio entre el elemento social e individual.

Nos referimos a esta posición de equilibrio porque ninguno de ambos elementos puede prevalecer de manera total y absoluta sobre el otro en el ejercicio de los poderes dominicales.<sup>80</sup> En efecto, a nuestro juicio sería un error fijar exclusivamente la atención en uno sólo de ellos para ignorar, consiguientemente, el otro.<sup>81</sup> Este equívoco podría dar lugar a graves consecuencias.

---

<sup>79</sup> En esta misma línea RALF DAHRENDORF ("Oportunidades vitales", antes cit. pags. 145 y ss.) considera que la función social es una fórmula de compromiso que nace del consenso o del pacto social-liberal o socialdemócrata entre los pequeños partidos demoliberales y los movimientos obreros y proletarios. Igualmente, GARCIA COTARELO, RAMON. "Crisis y reformulación del Estado de Bienestar", antes cit. pag. 24.

<sup>80</sup> Ante una afirmación de este tipo se nos podría objetar que en los supuestos en los que se procede a la expropiación forzosa, el interés social o la utilidad pública prevalecerán sobre la utilidad individual. En esto estamos de acuerdo. En la expropiación forzosa, el interés social de la colectividad prevalece sobre el interés individual del propietario. Ahora bien, ni siquiera en los supuestos expropiatorios la prevalencia del elemento social es total y absoluta, ya que el interés individual del propietario no resulta desconocido al tener siempre derecho a la satisfacción de la correspondiente indemnización.

<sup>81</sup> De la misma opinión son ROUAST, ANDRE. "L'évolution du droit de propriété", antes cit. en MAZEAUD, HENRI/LEON/JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", Parte II, Vol. IV, cit. pag. 28. MARQUES Y SEGARRA, MANUEL. "El nuevo derecho de propiedad individual", antes cit. pag. 15. En este mismo sentido, y en sede de la concreción de las exigencias de la función social a las que se vincula el ejercicio de la propiedad privada inmobiliaria urbana, opina el Tribunal Supremo que "fácilmente se comprende que tan rechazable en Derecho sería la negación o limitación arbitraria de la propiedad privada en aras de fútiles, contingentes y pretextadas intenciones huérfanas del menor viso de seriedad, como la quiebra y el malogramiento del interés general entrañado en la ordenación urbanística de las poblaciones por razones de legalismo formalista marginadoras de realidades vivas en el entorno social...". Vid. STS. 19 Julio 1984 (Cont-Adm) Cdo. 1º (RJA 4246).

Si se ignora el elemento social y se centra toda la atención en el aspecto individual de la propiedad privada, los nefastos resultados a los que avocó el liberalismo individualista a ultranza no tardarían en hacer acto de presencia de nuevo. Por el contrario, si se olvidase el elemento individual y se centrase toda la atención en el aspecto social se caminaría hacia formas colectivistas, en donde el propietario se convertiría en un mero funcionario dependiente de una todo poderosa Administración y siempre obligado a actuar en interés ajeno y no propio.

En definitiva, si se quiere obtener el concepto real y verdadero de propiedad privada vigente en nuestro actual ordenamiento jurídico, utilidad social e individual han de ser necesariamente considerados como dos elementos inescindibles que desenvuelven su acción en un perfecto y delicado equilibrio en el interior del contenido del derecho dominical. Pretender su escisión es una operación teóricamente forzada, de carácter artificial a la que no ofrece ni apoyo, ni fundamento nuestro ordenamiento constitucional.

En sentido contrario, se podría sostener que la disociación entre utilidad individual y social encuentra fundamento constitucional, porque nuestra Norma Fundamental, se refiere a la primera de ellas en el apartado 1º de su Art. 33, mientras que se ocupa de la segunda en los apartados 2º y 3º del mismo precepto.

Sin embargo, no consideramos correcta tal interpretación. Siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en STC 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º) entendemos que los tres apartados que forman el Art. 33 CE no pueden ser artificiosamente separados. Todos ellos y conjuntamente revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en

su formulación constitucional.<sup>82</sup>

Por lo tanto, si los apartados que integran el Art. 33 CE no pueden ser ficticiamente disociados, dimensión individual y social de la propiedad privada tampoco podrán serlo. Si así se hiciese se estaría aportando una concepción de la propiedad en nada coincidente con la naturaleza que se la atribuye en su formulación constitucional.

#### **4. LAS NUEVAS CALIFICACIONES TECNICAS DE LA PROPIEDAD COMO POSICION JURIDICA SUBJETIVA.**

La exposición desarrollada hasta este punto del presente capítulo ha pretendido clarificar que, como consecuencia del advenimiento del Estado de Bienestar y la recepción a nivel constitucional del principio de la función social, la propiedad privada ha sufrido una profunda transformación y ya no puede ser concebida como un mero ámbito subjetivo de omnímoda libre disposición, porque en su contenido utilidad individual y social se unen inescindiblemente en armónica y equilibrada relación.

Admitiendo que con la llegada del Estado Social es el mismo contenido del derecho subjetivo de propiedad lo que ha cambiado, nos ahorramos ulteriores problemas de conceptualización.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Habiendo citado previamente la dicción literal de los apartados que integran el Art. 33 CE, afirma el Tribunal Constitucional que *"Estos tres apartados del artículo 33, que no pueden ser artificiosamente separados, revelan la naturaleza del derecho de propiedad en su formulación constitucional."* STC 37/1987 de 26 de Marzo en su Fto Jco. 2º.

<sup>83</sup> Sobre el tema Vid. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pags. 114 y 115. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pags. 81 y ss, 193 y ss.

Sin embargo, no han faltado sectores doctrinales que se han manifestado precisamente en sentido contrario, al sostener que, como consecuencia de la incorporación al contenido dominical de los deberes y obligaciones de talante social, el derecho de propiedad se ha convertido en un derecho-deber, en una situación jurídica compleja formada por derechos y deberes o en una relación jurídica no calificable *stricto sensu* como un derecho subjetivo.<sup>84</sup>

#### 4. A. LA POSIBLE CALIFICACION DE LA PROPIEDAD PRIVADA COMO DERECHO-DEBER, RELACION JURIDICA O SITUACION JURIDICA COMPLEJA.

La calificación de la propiedad privada como un derecho-deber presenta el riesgo de asimilación a la categoría de función, si no se procede a delimitar con precisión el papel que desempeñan y el lugar que ocupan en el contenido del derecho dominical las nociones de deber y poder.

Además, identificar el dominio con un derecho-deber supondría efectuar en su

---

<sup>84</sup> Para WOLFF, MARTIN. ("Derecho de cosas", antes cit. pag. 328.) debido a la incorporación de deberes al contenido de la propiedad privada "es recomendable completar la idea de un derecho subjetivo siempre idéntico a sí mismo, con la de una posición jurídica compleja y variable, en la que entran a la vez facultades y obligaciones". El acercamiento de la propiedad privada a la categoría de las situaciones jurídicas complejas ha sido calificada por MONTES PENADES, VICENTE. ("La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pag. 195) como una cuestión no problemática y de larga tradición doctrinal. Según BALLARIN MARCIAL, ALBERTO ("Nueva función social de la propiedad agraria", antes cit. pags. 70 y 71) "la propiedad es un derecho-deber, expresión que estimo más técnica y clara que la de derecho-función, pues esta última resulta equívoca". DIEZ PICAZO, LUIS ("Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", antes cit. pag. 1259) señala que al ponerse de moda la cláusula de la función social, se vino a entender que la propiedad no es solo una situación de poder jurídico, esto es, un derecho subjetivo, sino que es una situación jurídica compleja. Igualmente, MORENO QUESADA, RAFAEL. "La mejora de los bienes. Supuestos generales y teoría general", cit. pag. 131) admite que "cada vez es más frecuente sustituir la referencia al derecho subjetivo de propiedad por la de relación o situación jurídica de propiedad". Esta manera de pensar continúa manifestándose en las más recientes monografías sobre propiedad privada. Así, entiende REY MARTINEZ ("La propiedad privada en la Constitución española", cit. pag. 217) que "la propiedad no es sobre todo y siempre un derecho subjetivo, sino una situación jurídica compleja [...] (que) alberga en su contenido situaciones pasivas".

contenido una disección anatómica entre un núcleo interior, en donde el propietario podría actuar libremente, y un haz exterior en donde residirían los límites derivados de las exigencias sociales.

Del mismo modo, referirse a la propiedad privada como una situación jurídica compleja o una relación jurídica nada nos aclararía con respecto a su naturaleza, porque toda relación intersubjetiva en el plano jurídico, lo es y, en este sentido, el hacer esta precisión especificaría con respecto a la propiedad que, dentro de las diversas situaciones tomadas en cuenta por el Derecho, se trata de una situación jurídica intersubjetiva.

Pero si lo que se quiere subrayar calificando a la propiedad privada como relación jurídica o situación jurídica compleja es que su contenido no se haya sólo formado por facultades, sino también por poderes, de nuevo este subrayado parece innecesario, pues es absolutamente normal que todos los derechos crediticios o reales tengan aspectos pasivos.

Obtener esta conclusión en el sentido de mantener la unitariedad de las diversas relaciones en torno a las que se teje el contenido unitario del derecho, contribuye a demostrar que los deberes y obligaciones derivados de las exigencias sociales forman parte del contenido del derecho de propiedad privada, pues éstos no integran una relación personal con la sociedad encarnada en la Administración, la cual discurra paralela al vínculo intersubjetivo que se entabla respecto a la cosa entre el propietario y las restantes personas, sino que han entrado a formar parte del mismo contenido del derecho subjetivo de propiedad, porque bajo el actual orden constitucional éste se ha transformado profundamente y ya no puede ser visto como un poder subjetivo de libre disposición en el que no tengan cabida ni límites ni restricciones.

La evolución del pensamiento de un autor como PUGLIATTI corrobora el razonamiento apuntado. En un principio, el Profesor italiano disociaba la propiedad privada en una relación real o absoluta que acontecía entre el propietario y las restantes personas respecto a la cosa objeto del derecho, junto a un vínculo personal con la Administración Pública. Precisamente, en el ámbito de este último son encuadradas las obligaciones y deberes impuestos como consecuencia de las exigencias sociales, permaneciendo en la relación real las facultades y poderes.

Para PUGLIATTI ambas relaciones guardaban una independencia estructural, porque sólo se comunicaban en el momento en que el propietario incumpliese las obligaciones que le unen personalmente con la Administración.<sup>85</sup>

Sin embargo, con posterioridad PUGLIATTI modificó su pensamiento admitiendo que era problemático colocar las obligaciones de tipo social en el marco de una relación personal, conexas a la situación subjetiva real, llegando a sostener que derecho y obligación del propietario entran en contacto y se influyen recíprocamente.<sup>86</sup>

El cambio en la manera de pensar de PUGLIATTI se produce una vez que se ha

---

<sup>85</sup> Esta manera de pensar fue mantenida por PUGLIATTI inicialmente en su estudio "Interesse Pubblico e interesse Privato nel diritto di proprietà" que fue publicado en "Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario Italiano", Firenze 1935. La misma posición asume PUGLIATTI en un estudio posterior que fue aparecido bajo el título "La definizione della proprietà nel nuovo Codice Civile" en la obra colectiva "Codice Civile". Libro della proprietà. Diretto da M. D'Amelio, Firenze, Barbera 1942, pags. 121 y ss. Ahora recogidos en "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. Vid. especialmente pags. 45, 46 y 138.

<sup>86</sup> Se trata del célebre estudio de PUGLIATTI "La proprietà e le proprietà", que como ya hemos señalado, fue publicado por vez primera en 1956 con las restantes ponencias presentadas al Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario; ahora recogido "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 280.



recibido a nivel constitucional el principio de la función social.<sup>87</sup>

En este sentido, la situación de España es similar a la italiana. Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 los límites, deberes y obligaciones derivados de la función social no pueden ser reconducidos a una relación jurídica personal con la Administración o la sociedad que funcione de manera independiente a la relación real que une al propietario con las restantes personas. Del mismo modo, tampoco resulta admisible que ambas se pongan en contacto únicamente cuando se incumplan los deberes sociales que gravan la titularidad dominical.

La comunicación entre las llamadas relaciones jurídicas reales y personales, no es esporádica sino constante, porque en el interior del derecho de propiedad poderes, facultades, deberes y obligaciones se confunden siendo elementos inescindibles de su contenido. Estos últimos no actúan de manera ocasional para el caso de que el propietario ejercite antisocialmente su derecho. Por el contrario, modalizan sin interrupción en sentido social el ejercicio de las facultades y poderes que le han sido atribuidos.

En definitiva, porque los deberes de carácter social integran el contenido del derecho de propiedad no pueden ser trasladados a una relación jurídica paralela que una al propietario con la Administración. Si ello es así, las obligaciones derivadas de la función social acompañarán a la propiedad privada allá a donde vaya, independientemente de quien sea su titular. Es decir, parece que los deberes sociales no gravarían al propietario, sino al mismo derecho dominical.

---

<sup>87</sup> Obsérvense las fechas de los trabajos en los que estas distintas corrientes de pensamiento son recogidas. Vid. las notas inmediatamente anteriores. El primero de ellos es anterior a la Constitución italiana de 1948 y el segundo de ellos posterior.

Quizás, esta afirmación pueda ser confirmada si se observa el modo de actuar de la función social respecto el específico caso de la propiedad de la tierra.

Las Leyes que se refieren al cumplimiento de la función social de la propiedad agrícola imponen deberes y obligaciones que pesan no exclusivamente sobre la persona del propietario de la tierra, sino sobre cualquier otro sujeto que, en virtud de un título distinto (arrendamiento, usufructo, etc.) proceda a su explotación.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> Un ejemplo de lo puesto de relieve se encontraba ya en la Legislación Agraria preconstitucional. Así, el apartado 2º del Art. 2 de la Ley de Régimen de Comarcas y Fincas Mejorables de 21 de Julio de 1971 (núm. 27/71, BOE 23 de Julio 1971), refiriéndose al cumplimiento de la función social de la propiedad de las fincas rústicas, afirmaba que "En los supuestos de dominio dividido o existencia de derechos reales de disfrute sobre cosa ajena o personales que incidan sobre la explotación de las fincas, los preceptos de esta Ley afectarán a todos los titulares concurrentes o sucesivos, según la respectiva naturaleza de los derechos que ostenten de acuerdo con la legislación civil". La misma tendencia parece confirmarse en el Art. 7 de la misma Ley que, aludiendo a los Planes de Mejora, no habla del propietario afectado, sino del "titular afectado" o incluso "interesado". Sobre esta particular cuestión, es de la misma opinión BALLARIN MARCIAL, ANTONIO. "Nueva función social de la propiedad rústica", antes cit. pags. 62 a 64. La línea legislativa iniciada antes de 1978 parece confirmarse tras la entrada en vigor de la Constitución y las Leyes Agrarias que se van promulgando con posterioridad esa fecha, si bien, las nuevas disposiciones legislativas no se manifiestan de una manera tan contundente como la Ley de Régimen de Comarcas y Fincas Mejorables. Así, la constatación de que los deberes derivados del cumplimiento de la función social de la propiedad agrícola no gravan sólo a su titular dominical, sino también a cualquier persona que proceda a su explotación, parece confirmarse por la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables de 16 de Noviembre de 1979 (ya cit.) cuando aludiendo en su Art. 5 a los Planes de Explotación y Mejora reconoce en su apartado 3º que "cuando se trate de fincas arrendadas o disfrutadas en virtud de cualquier otro derecho real distinto del dominio, el propietario podrá solicitar del Ministerio de Agricultura la declaración expresa de que las deficiencias que motiven las actuaciones son imputables al usuario...". La misma Ley fija en el apartado 4º del mismo precepto, remitiéndose al Art. siguiente, que para el caso de que no se cumpla el Plan de Explotación y Mejora se podrá proceder a la declaración de Finca Manifiestamente Mejorable y, en consecuencia, llevar a cabo su expropiación o arrendamiento forzoso al IRYDA. Ahora bien, ante tal situación, la hipótesis de que las obligaciones derivadas de la función social pesan sobre el derecho de propiedad y no exclusivamente sobre su titular, podría derrumbarse si se pudiese expropiar la propiedad del titular dominical cuando el sujeto que explote la finca en concepto distinto del de dueño incumpliese los compromisos de mejora adquiridos con la Administración. Sin embargo, tal posibilidad queda excluida cuando se observa la dicción del apartado 4º del Art. 6 de la L.F.M. en el que se prescribe que habiendo incumplido el arrendatario de la finca el Plan de Explotación y Mejora, y admitido por el Ministerio que tales deficiencias son imputables al arrendatario, el arrendador podrá deshauciarlo siempre y cuando se comprometa a la realización de modo directo del Plan de Explotación y Mejora. Finalmente, la Ley de Reforma Agraria del Parlamento de Andalucía de 3 de Julio de 1984 (ya cit.) admite que las obligaciones de carácter social que impone recaerán sobre el propietario cuando puedan ser cumplidas con el solo ejercicio de las facultades dominicales que según su título le correspondiesen (Art. 4). Sin

Por consiguiente, los aludidos deberes y obligaciones gravan el ejercicio de la facultades dominicales, independientemente del título jurídico en virtud del cual éstas se posean, constituyendo auténticos deberes que gravan al propietario en cuanto a tal, esto es, *ob rem* y, están, por ello, adheridos inescindiblemente a la relación jurídica de propiedad.

#### 4. B. LA CONCEPCION DE LA PROPIEDAD PRIVADA COMO DERECHO SUBJETIVO DEBILITADO.

Como ya ha sido puesto de relieve, la llegada del Estado de Bienestar ha supuesto una aguda mutación en sentido social del derecho subjetivo dominical. Es por este motivo, por lo que no parece adecuado el intentar reconducir una transformación de semejante enjundia a través de meros adornos externos o adjetivos calificativos que se añadirían a la concepción decimonónica del derecho subjetivo de propiedad para justificar su nuevo posicionamiento en el Estado Social.

No se trata de que la propiedad privada permanezca como un poder de disposición ejercitable en plena libertad y que *a posteriori*, mediante el recurso a calificativos y correctivos, se pretendiese introducir las variaciones que conlleva la constitucionalización del principio de la función social, dejando incólume y afectando sólo adventiciamente a esa particular concepción subjetiva. Preferimos juzgar que ha sido el mismo derecho subjetivo dominical el que ha sufrido una profunda transformación.

En este sentido, podemos afirmar que nuestro Tribunal Constitucional no ha estado demasiado afortunado al utilizar el adjetivo "debilitado" para referirse a la posición que ocupa

---

embargo, inmediatamente después, tras un punto y seguido, se señala que de no ser así tales obligaciones recaerán sobre el titular de la explotación.

el derecho subjetivo de propiedad en el Estado Social.<sup>89</sup>

Tanto en STC. 111/1983 de 2 de Diciembre (Fto. Jco. 8º) como en STC. 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º), el Tribunal Constitucional entiende que, desde la vertiente individual, la propiedad se ha transformado en un derecho subjetivo debilitado, que cede para convertirse en su equivalente económico cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación.<sup>90</sup>

Hemos de reconocer que esta expresión nos ha situado inicialmente en una situación de incertidumbre, respecto a la precisión de cuál sea su significado y qué es lo que ha querido poner de relieve nuestro más Alto Tribunal, cuando utiliza un calificativo de este tipo para referirse al derecho subjetivo de propiedad.

---

<sup>89</sup> En esta misma inteligencia REY MARTINEZ, FERNANDO ("La propiedad privada en la Constitución española", cit. pags. 199 y ss), quien comparte con nosotros el itinerario lógico jurídico que nos permite llegar a la conclusión referida en el texto. A este respecto nos interesa resaltar que las tesis esgrimidas por el citado autor no pudieron servirnos de inspiración en su momento, pues cuando procedimos a la elaboración de esta parte de nuestra investigación su obra no había visto todavía la luz, cosa que acontece a finales del año pasado, cuando aquella ya estaba prácticamente ultimada. Por lo tanto, los acertados resultados a los que llega REY MARTINEZ son utilizados aquí con la intención de confirmar la postura adoptada inicialmente por nosotros, antes de la consulta y lectura de su obra.

<sup>90</sup> En sentido estricto la expresión "derecho subjetivo debilitado" aparece únicamente recogida en la STC 111/1983 de 2 de Diciembre cuando se afirma en su Fto. Jco. 8º que la propiedad privada en su vertiente individual *"es un derecho subjetivo, debilitado; sin embargo, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el artículo 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación"*. No obstante, en el Fto. Jco. 2º de la STC 37/1987 de 26 de Marzo se suprime la alusión al adjetivo "debilitado", mientras que se reproduce literalmente la parte citada del Fto. 8º de la anterior Sentencia. Así se manifiesta en STC 37/1987 que desde la vertiente individual, la propiedad privada es *"un derecho subjetivo que cede para convertirse en su equivalente económico cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación"*. A nuestro juicio, la supresión del citado adjetivo calificativo, carece de eficacia diferenciadora respecto a los razonamientos esgrimidos en una y otra Sentencia, ya que en la segunda de ellas se toma el significado global del extracto de la resolución anterior. Es obvio que si el ponente de la segunda sentencia hubiera querido aportar un razonamiento distinto, simplemente lo desarrollaría y no necesitaría en ningún caso volver la vista hacia un precedente jurisprudencial. El mismo estaría creando una nueva línea de jurisprudencia.

Pues bien, debemos comenzar despejando tal incógnita.

La expresión "derecho subjetivo debilitado" ha de ser interpretada como una noción de carácter relativo o relacional, ya que sólo se puede concebir un derecho como "debilitado" cuando se le compara con una situación anterior en la que presumiblemente ocuparía una posición más fuerte.<sup>91</sup>

Ahora bien, el problema que se plantea es determinar a qué situación anterior se alude comparativamente para entender que en la actualidad la propiedad privada es un "derecho subjetivo debilitado".

En primer lugar, se podría decir que se concibe la propiedad privada como un "derecho subjetivo debilitado" por contraste con el carácter absoluto, inviolable e intangible que se le otorgaba en el orden liberal. En consecuencia, es posible que la citada expresión haya sido utilizada por el Tribunal Constitucional con la intención de remarcar, en manera muy gráfica, que, en el Estado Social, la propiedad ha dejado de ser un derecho sagrado e inviolable, para convertirse en normalmente limitable por razón de las exigencias del interés social de la colectividad.<sup>92</sup>

En segundo lugar, es posible que se acuda a la locución "derecho subjetivo debilitado" para expresar la posición que en la actualidad asume la propiedad privada frente a la

---

<sup>91</sup> En este sentido, DE CASTRO ("Derecho Civil de España", antes cit. pags. 615 y 616.) entiende que toda situación jurídica débil es una noción de carácter relativo. Sólo existen situaciones jurídicas débiles por contraste a situaciones jurídicas más fuertes. Así, la posesión es una situación jurídica débil en relación con la propiedad y la propiedad no inscrita lo es en relación con la propiedad inscrita.

<sup>92</sup> Según LOPEZ Y LOPEZ, aunque no demasiado propia la expresión "derecho subjetivo debilitado" resulta plástica y demostradora del carácter no fundamental del derecho de propiedad. Si poseyese tal nota mal podría sacrificarse en su ejercicio a un equivalente económico. Vid. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 68.

expropiación forzosa.

En pleno orden liberal, tanto el Art. 544 del Code francés, como el Art. 349 de nuestro Código Civil<sup>93</sup>, ya contemplaban la posibilidad de proceder a la expropiación cuando concurriesen causas justificadas de utilidad pública y siempre mediante la correspondiente indemnización.

Por lo tanto, el debilitamiento de la propiedad no puede consistir en afirmar que en el orden liberal no era jurídicamente posible expropiar y en la actualidad esta posibilidad sí está admitida. La debilitación ocurre en un sentido distinto.

Debido a la consideración liberal de la propiedad privada como un derecho inviolable e intangible, el procedimiento expropiatorio era visto principalmente como una garantía esencial frente a acción de los poderes públicos, ya que significaba que nadie podía ser privado de sus bienes si no se cumplían todos y cada uno de los rigurosos requisitos establecidos para ello. Por este motivo, tan sólo muy esporádicamente se utilizaba el mecanismo de la expropiación forzosa y su existencia quedaba inevitablemente ligada a la realización de obras públicas.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> En realidad, en Francia la posibilidad de proceder a la expropiación estaba ya prevista en el mismo Art. 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Mientras, en España es la Constitución de 1837, la primera que, en su Art. 10, alude a la materia, diciendo: "No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización". Sobre estas cuestiones Vid. GARRIDO FALLA, FERNANDO. "El régimen administrativo de la propiedad privada", RDP. XLIII, 1959, pag. 462, especialmente nota. 28.

<sup>94</sup> Como ha reconocido el Tribunal Constitucional en STC 166/1986 de 19 de Diciembre (Fto. Jco. 13º), "*La expropiación forzosa se concibe en los orígenes del Estado liberal como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada y se reduce, inicialmente, a operar sobre los bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas*". En la misma línea argumentativa STC 67/1988 de 18 de Abril (Fto. Jco. 4º).

Sin embargo, en el vigente Estado Social, la propiedad ya no puede ser considerada como un derecho inviolable y, en consecuencia, la expropiación ya no es vista tanto en su vertiente de garantía sino en su faceta de medio o vehículo idóneo para la realización del interés público y general.<sup>95</sup>

Además, como acertadamente ha resaltado algún autor, en los últimas décadas se ha producido una "evolución expansiva" del concepto de expropiación.<sup>96</sup>

Esta institución ha ampliado su campo de acción respecto el derecho de propiedad, porque la legitimación de su puesta en marcha ya no se opera únicamente en virtud de una causa de utilidad pública, sino también por la concurrencia de una causa de interés social.

Consecuentemente, el debilitamiento de la propiedad privada se podría admitir cuando se compara su actual posición y la que ocupaba en el Siglo XIX frente a la expropiación forzosa.

En tercer y último lugar, es posible que la utilización por nuestro Alto Tribunal de la locución "derecho subjetivo debilitado" para referirse a la posición que, en el marco del Estado Social, ocupa el dominio, pueda también explicarse sobre una eventual recepción de

---

<sup>95</sup> En palabras del Tribunal Constitucional, *"La transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social..."*. Vid. STC 166/1986 de 19 de Diciembre (Fto. Jco. 13º). Del mismo modo reconoce el Tribunal Constitucional en STC 67/1988 de 18 de Abril (Fto. Jco. 4º) que *"la adquisición forzosa de inmuebles en razón de la ejecución de obras o establecimientos de servicios públicos, se ha ampliado progresivamente, transformándose la expropiación en un instrumento de conformación del modo social de los bienes..."*.

<sup>96</sup> En este sentido NIETO GARCIA, ALEJANDRO. "Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa". Revista de Administración Pública, núm. 38, Mayo-Agosto 1962. Reimpresión de Octubre de 1972, pags. 67 y ss.

las teorías administrativistas de los derechos debilitados o condicionados.<sup>97</sup>

Su origen se halla en la doctrina de la Pandectística Alemana cuyos integrantes crearon tal noción para reforzar la perennidad del derecho subjetivo.<sup>98</sup>

Sin embargo, este nuevo concepto fue importado al ámbito del Derecho Administrativo por la doctrina italiana, en concreto por RANELLETTI Y ZANOBINI, adquiriendo la denominación de "*diritto affievolito*", y otorgándosele un sentido totalmente distinto al originario.<sup>99</sup>

Con la categoría del "*diritto affievolito*" los iusadministrativistas italianos pretenden

---

<sup>97</sup> Esta es una posibilidad que queda apuntada si observamos que en cada una de las Sentencias del Tribunal Constitucional en las que aparece la expresión "derecho subjetivo debilitado" sus ponentes, si no nos equivocamos, son estudiosos del Derecho Administrativo. Así, en la STC 111/1983 de 2 de Diciembre su ponente es JOAQUIN AROZAMENA SIERRA y en la STC. 37/1987 de 26 de Marzo, su ponente es JESUS LEGUINA VILLA.

<sup>98</sup> Con la categoría de derecho debilitado se trataba de incorporar a la noción de derecho subjetivo las nuevas situaciones que como consecuencia del aumento del poder administrativo se estaban produciendo. Coinciden en afirmar que el origen de la categoría de los derechos debilitados se halla en Alemania, CANNADA-BARTOLI, EUGENIO. "Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti", in AA.VV. "Studi in memoria di Guido Zanobini", Vol. I (Diritto Amministrativo). Ed. Giuffré, Milano 1965, pag. 236. Del mismo autor, Voz "Affievolimento", en Enciclopedia del Diritto. Tomo I, Ed. Giuffré, Milano 1958, pag. 670. Igualmente ARAGON REYES, MANUEL. "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de propiedad privada. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Anadaluza de Reforma Agraria)", en Cuadernos y Debates, nº 10. Monográfico Reforma Agraria. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988, pag. 183.

<sup>99</sup> CANNADA-BARTOLI admite que, en Derecho Administrativo, la figura del derecho debilitado es introducida por ORESTE RANELLETTI. Al respecto Vid. CANNADA-BARTOLI, EUGENIO. Voz "Affievolimento", antes cit. pag. 670. En opinión de GARRIDO FALLA, "la noción de "derecho subjetivo condicionado o debilitado" es también producto elaborado por la doctrina italiana". Vid. GARRIDO FALLA, FERNANDO. "Tratado de Derecho Administrativo". Vol I. Parte General. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1982, pag. 416. Dice bien el citado autor. El "derecho subjetivo debilitado" es un producto elaborado por la doctrina italiana. Sin embargo, ello no quiere decir, que lo cree, simplemente lo elabora, pero no con ingredientes propios, sino con los aportados por la Pandectística Alemana.



garantizar un margen de libertad de acción a la Administración,<sup>100</sup> al ser ahora utilizada para designar nominalmente la particular posición jurídica que ocupa el individuo en aquellos casos en los que la Administración está investida de poderes discrecionales.

En estas hipótesis, el sujeto privado no es titular de un derecho subjetivo, sino solamente de un interés legítimo, en tanto que su situación, al haber sido creada discrecionalmente por la Administración, también puede ser por ella discrecionalmente aleterada, modificada o incluso eliminada.

Un ejemplo de derecho debilitado lo constituye la concesión revocable.<sup>101</sup>

En el cumplimiento de su obligación de velar por el interés público, la Administración puede decidir desenvolver o no un determinado servicio, a la vez que discrecionalmente puede elegir el instrumento que estime más idóneo para ello. Con esta finalidad se puede otorgar a un particular una concesión revocable, que representa para su titular un interés privado y propio respecto al desarrollo de la actividad en que ésta consiste. No obstante, cuando la Administración aprecie que la actividad en la que consiste la concesión ya no sirve a la realización del interés público, podrá revocarla, sin tener presente la utilidad privada que aquella revestía para su titular.

Por razón de esta discrecionalidad que caracteriza la actuación administrativa se dice

---

<sup>100</sup> Sobre el trasplante y cambio de sentido de la citada categoría del derecho alemán al derecho administrativo italiano, Vid. CANNADA-BARTOLI, EUGENIO. "Intorno a la genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti", antes cit. pags. 235 y ss.

<sup>101</sup> En esta misma línea, respecto a la calificación de la concesión como "derecho debilitado" LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE. "Manuale di Diritto Amministrativo". Ed. Giuffrè, Milano 1987, pags. 165 y 166. Igualmente GARRIDO FALLA, FERNANDO. "Tratado de Derecho Administrativo", Vol. I, antes cit. pags. 417 y 418.

que al individuo particular no le corresponde un derecho subjetivo, sino solamente un interés legítimo.

Pues bien, desde esta perspectiva ha sido generalmente admitido por la doctrina italiana (tanto administrativa como civil)<sup>102</sup> que frente al poder de la Administración de expropiar por causa de utilidad pública, la propiedad privada se degrada a interés legítimo y se convierte, en consecuencia, en un derecho debilitado.<sup>103</sup>

Obsérvese el paralelismo existente entre estas afirmaciones de la doctrina italiana y la frase anteriormente citada de nuestro Tribunal Constitucional: la propiedad privada desde su vertiente individual *"es un derecho subjetivo, debilitado; sin embargo, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, [...] cuando el bien de la comunidad legitima la*

---

<sup>102</sup> La general admisibilidad doctrinal de la teoría se comprueba no sólo por los repetidos autores que han opinado de esta manera (Vid. nota siguiente), sino también porque ha habido autores que han señalado expresamente que tal admisibilidad es un hecho generalizado. Así, ARAGON REYES, MANUEL. "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de propiedad privada", antes cit. pag. 183.

<sup>103</sup> En la doctrina civilística, se admite casi generalmente la degradación en interés legítimo y el debilitamiento de la propiedad privada frente al acto expropiatorio. Para GALGANO, FRANCESCO. ("Diritto Civile e Commerciale", antes cit. pags. 30 y 31.), de frente al acto administrativo de la expropiación, la propiedad se convierte en un mero interés legítimo. Por su parte PUGLIATTI, SALVATORE. ("La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pags. 282 y ss.) entiende que ante el poder discrecional de la Administración la propiedad se convierte en interés legítimo o derecho debilitado. En opinión de NATOLI, UGO. ("La proprietà. Appunti delle lezioni", pag. 7.) de frente a la posibilidad de expropiar por razón de interés público, la situación de la propiedad se define, más o menos felizmente, como su debilitamiento o su degradación en interés legítimo. De una manera similar se ha manifestado CICALA, GIUSEPPE. "Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano", antes cit. pags. 98 y 103. Sin embargo, RESCIGNO, PIETRO. ("Manuale del Diritto Privato italiano", antes cit. pag. 462) es un tanto más moderado en sus afirmaciones al señalar expresamente que la degradación de la propiedad privada en interés legítimo se produce a continuación de la expropiación, al convertirse aquella en el derecho a la justa indemnización que tiene el sujeto titular. En la doctrina iusadministrativista se ha referido al tema no tan contundentemente, LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE (Manuale di Diritto Amministrativo", antes cit. pag. 166) afirmando que la propiedad privada es un derecho expuesto a debilitamiento.

*expropiación".*<sup>104</sup>

La tesis de la doctrina italiana es muy sugerente, y en cierto modo dotada de un alto grado de credibilidad avalada por los insignes autores que la sustentan. Pero, consideramos que no es muy adecuada para caracterizar la situación del propietario y de su derecho frente a la expropiación. A nuestro juicio, resulta difícil que la propiedad privada pueda ser reconducida a la categoría de los derechos debilitados.<sup>105</sup>

El diferente modo de actuar del interés público en ambas situaciones constituye el principal dato en base al cual realizamos tal aseveración.

Con la única finalidad de cumplir con su deber de realizar el interés público, la Administración puede crear un derecho debilitado en favor de un particular para que desenvuelva una determinada actividad de utilidad pública. Esta es la única y exclusiva causa del nacimiento y fundamento de la conservación de un derecho debilitado. El interés privado de su titular nace y persiste en cuanto instrumento idóneo para la consecución del interés público.

En estos supuestos, la existencia del interés privado depende total y absolutamente de la existencia del interés público. Cuando desaparezca éste, desaparecerá también aquél.

Del mismo modo, y refiriéndonos ahora al ámbito de la protección jurídica, el interés

---

<sup>104</sup> Es la dicción literal del Fto. Jco. 8º de la STC 111/1983 de 2 de Diciembre.

<sup>105</sup> Ya el propio RANELLETTI, afirmaba que considerar como derecho debilitado el derecho subjetivo perfecto, que puede cesar por efecto de procedimiento de la autoridad administrativa (por expropiación), es desviarse de la figura del derecho subjetivo debilitado. Sobre esta cuestión Vid. CANNADA-BARTOLI, EUGENIO. Voz "Affievolimento", antes cit. pag. 670.

del titular del derecho debilitado no será merecedor de tutela cuando su ejercicio ya no sea un medio adecuado para la satisfacción del interés público o cuando la actividad con la aquél se identifica ya no represente una utilidad de este carácter. Con razón se ha manifestado que el interés privado es protegido indirectamente y con ocasión del interés público.<sup>106</sup>

Por consiguiente, el interés público actuaría respecto al interés privado de modo similar a cómo lo haría una condición suspensiva y resolutoria respecto un negocio jurídico.<sup>107</sup> Es decir, si en la condición suspensiva el negocio jurídico no produce efectos hasta que se realice el hecho en que ésta consiste, de manera análoga en el derecho debilitado, el interés privado no es tutelado hasta el momento en que concurra el correspondiente interés público. Si en la condición resolutoria el negocio jurídico produce efectos mientras no se realice el hecho en que ésta consiste, en el derecho debilitado el interés privado será tutelado hasta el instante en que se desvanezca el interés público.

Sin embargo, la acción del interés público respecto a la propiedad privada es mucho menos contundente.

Al respecto hay que comenzar dejando claro que la propiedad es un auténtico derecho subjetivo que no nace de ningún tipo de acto administrativo. Por el contrario, la

---

<sup>106</sup> La doctrina se ha referido en ocasiones a la categoría de los derechos debilitados con el calificativo de "intereses ocasionalmente protegidos", CANNADA-BARTOLI, EUGENIO. "Intorno a la genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti", antes cit. pag. 233. BRANCA, GIUSEPPE. "Instituciones de Derecho Privado", antes cit. pag. 16. Respecto a la afirmación de que el interés del titular del derecho debilitado es tutelado de manera mediata e indirecta Vid. GALGANO, FRANCESCO. "Diritto Civile e Commerciale", antes cit. pag. 30. LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE. "Manuale di Diritto Amministrativo", antes cit. pag. 165, en contraste con 162 y 163.

<sup>107</sup> En este entendimiento, recordando el pensamiento de RANELLETTI, Vid. CANNADA-BARTOLI, EUGENIO. "Intorno a la genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti", antes cit. pag. 234.

Administración está obligada ordinariamente a respetarlo.<sup>108</sup>

Igualmente, la titularidad de un derecho subjetivo dominical se atribuye a un sujeto particular, con la finalidad fundamental de satisfacer su interés propio e individual, y como tal es protegido jurídicamente. Por lo tanto, en el derecho de propiedad el interés individual de su titular resulta tutelado de modo inmediato en cuanto a tal y no indirectamente con ocasión de la realización del interés público.

No podemos admitir que la protección del interés privado del propietario esté condicionada total y absolutamente a la realización del interés público, porque si ello fuera así, la propiedad dejaría de ser un derecho subjetivo para convertirse en una función social y su titular en un mero funcionario dirigido en todo momento por la Administración.<sup>109</sup>

La situación descrita es aquella que tiene lugar cuando el ejercicio de las facultades dominicales no representa trascendencia alguna para la realización de una finalidad de utilidad pública. Ahora bien, puede darse la circunstancia de que, por diversas razones, los bienes sobre los que recae el derecho dominical revistan una gran relevancia para lograr la consecución del interés público. De ahí que como *conditio sine qua non* para la realización de este interés se estime necesario sacrificar la tutela prevalente del interés privado del propietario.

Por lo tanto, la concurrencia del interés público es una causa justificativa que legitima

---

<sup>108</sup> GARRIDO FALLA, FERNANDO. "Tratado de Derecho Administrativo" Vol I, antes cit. pag. 417.

<sup>109</sup> Esta posibilidad ha sido rechazada. Vid. en concreto pag. 70 y nota 74 donde nos referíamos a que la función social no puede ser título que justifique la legitimación o reconocimiento de la propiedad privada.

a la Administración para que proceda a la expropiación de los bienes y, en consecuencia, finalice la tutela preferente del interés privado y se extinga el derecho subjetivo que pertenecía al propietario.

Sin embargo, porque exista la eventual posibilidad de expropiar cuando concurra una causa de utilidad pública no podemos degradar a la propiedad privada a la categoría de derecho debilitado o o interés legítimo. Si lo admitiésemos llegaríamos a la irrelevante conclusión de que la totalidad los derechos subjetivos son derechos debilitados, ya que todos ellos, al menos los de carácter patrimonial y exceptuando los personalísimos (vida, honor, nombre, etc.), se encuentran sometidos al interés público en la misma medida que el derecho de propiedad, y del mismo modo son también susceptibles de expropiación.<sup>110</sup>

Para el caso de la propiedad privada, el interés público actúa en el sentido totalmente inverso a la manera en que lo hace respecto el derecho debilitado.

La concurrencia del interés público es la causa que justifica la creación y el mantenimiento del derecho debilitado. Mientras éste exista se mantendrá y conservará el interés individual de su titular. En sentido inverso, la desaparición del interés público conlleva automáticamente la extinción del derecho debilitado y el fin de la tutela del interés privado.

Por el contrario, la ausencia del interés público determina la conservación del derecho subjetivo de propiedad y la garantía preferente del interés individual de su titular. Sin embargo, la concurrencia del interés público prevalente supondrá la desaparición del derecho subjetivo dominical, y el cese en la tutela antes preferente al interés privado del propietario.

---

<sup>110</sup> Nos situamos de esta manera en la posición doctrinal de carácter minoritario, representada entre otros, BARBERO, DOMENICO. "Sistema del Derecho Privado" Vol I., antes cit. pags. 186 y 187. GARRIDO FALLA, FERNANDO. "Tratado de Derecho Administrativo", Vol I., antes cit. pag. 418.

Así las cosas, la utilidad pública que operaba en el derecho debilitado como una condición indispensable para la garantía jurídica del interés privado, funciona en la propiedad privada como causa que legitima el cese de su tutela prevalente.

En suma, el interés público ya no actuaría a modo de condición suspensiva, sino de la misma manera en que lo haría una condición resolutoria respecto el negocio jurídico.<sup>111</sup> Es decir, si en la condición resolutoria el negocio jurídico produce efectos mientras no se realice el hecho en el que aquélla consiste, en la propiedad privada la tutela preferente del interés privado se mantiene mientras no concurra el interés público. Consecuentemente, el total y absoluto condicionamiento del interés privado al interés público que se aprecia en el derecho debilitado, no acontece en la propiedad privada.

Esta afirmación puede ser también demostrada por el dato de que en el derecho debilitado, una vez desaparece el interés público, el interés privado ha de disiparse también, porque, a partir de ese momento, su existencia carece de razón de ser. Desvanecida la única y exclusiva causa que dió lugar a su nacimiento, éste se extingue sin más.

Sin embargo, en la propiedad privada, aún y cuando surga el interés público y se proceda a la expropiación, el interés privado del propietario no desaparece ni es desconocido,<sup>112</sup> ya que su garantía se halla representada por el derecho que aquél tiene a percibir una justa indemnización como equivalente económico del dominio que anteriormente

---

<sup>111</sup> Para PUGLIATTI, "la expropiación en esta hipótesis (se refiere a la propiedad agrícola) no es el resultado del concreto ejercicio de un poder general del Estado, subordinado a la realización de una específica utilidad o necesidad pública, sino la realización de una *condición resolutoria* de la propiedad. [...]. Bajo este perfil se puede hablar de *propiedad resoluble*. Vid. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 267. El subrayado es nuestro.

<sup>112</sup> De manera análoga y para la propiedad de la tierra, PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 270.

le pertenecía.

Por consiguiente, en el procedimiento expropiatorio el interés del titular dominical sigue siendo jurídicamente protegido, ahora bien, ya no con la prevalencia que le era anteriormente reconocida. No se trata de que se desvanezca la protección jurídica del interés privado. En estos casos, lo único que acontece es que su tutela preferente cede para ser otorgada ahora al interés público.

No obstante lo dicho, tampoco creemos adecuado afirmar que, tras la expropiación, la propiedad privada se debilita por convertirse en el derecho a la justa indemnización debida al sujeto titular.<sup>113</sup> Es decir, para la doctrina citada, el procedimiento expropiatorio operaría una mutación en el dominio al hacerle abandonar su aspecto de derecho subjetivo, para adquirir ahora la fisonomía de derecho debilitado. Se trataría del mismo derecho transformado como consecuencia de la concurrencia del interés público.

Aunque indudablemente, el derecho a la indemnización del expropiado tiene su origen en la titularidad dominical que anteriormente éste detentaba, a nuestro modo de entender, ambos no representan dos momentos distintos en la existencia de un mismo derecho, sino dos derechos totalmente diferentes, pues donde acaba el derecho subjetivo de propiedad privada, comienza el derecho a la indemnización.

Cuando surge una causa de interés público y se procede a la expropiación, el derecho subjetivo del propietario a gozar y disponer de determinados bienes, da paso al derecho a obtener el equivalente económico de su valor. Se ha extinguido el derecho subjetivo que le

---

<sup>113</sup> Tal y como había sido indicado en la nota 114 RESCIGNO, PIETRO. "Manuale del Diritto Privato Italiano", antes cit. pag. 462.



pertenecía, pero a cambio, y como garantía de su interés privado, se le ha atribuido la titularidad del derecho a percibir la correspondiente indemnización.<sup>114</sup>

Si se tiene presente que, cuando calificamos a un derecho o a una situación jurídica de debilitada, implícitamente se está efectuando un juicio comparativo respecto a un momento anterior en el que la misma situación o derecho estarían dotados de una mayor fortaleza, es obvio que no podrá hablarse de debilitamiento cuando un determinado derecho se extingue para dar paso a otro nuevo. No se trataría de comparar dos momentos distintos en la existencia de un mismo derecho, sino que nos hallaríamos ante dos derechos diferentes.

Por consiguiente, no se aprecia debilitamiento del derecho subjetivo de propiedad en comparación con la situación anterior a la expropiación, porque tras el acto administrativo expropiatorio aquél se extingue para dar paso a un derecho distinto consistente en percepción de la indemnización.

Así las cosas, sólo podríamos hablar de debilitamiento no en relación al derecho subjetivo de propiedad, sino en referencia comparativa a la posición jurídica del propietario antes y después de la expropiación.

Con anterioridad al acto administrativo expropiatorio corresponde al propietario el derecho a gozar y disponer de determinadas cosas sin más limitaciones que las establecidas

---

<sup>114</sup> Por lo que respecta al ámbito del ejercicio del derecho de propiedad privada sobre el suelo urbano, el Tribunal Supremo parece también entender que la obtención de la indemnización reparadora representa un nuevo derecho del propietario afectado que viene a sustituir al derecho dominical sacrificado en aras de la efectiva realización del interés público o social. Así en STS. 29 Octubre 1982 (Cont-Adm) Cdo. 5º (RJA 6453) se dice que "es la Ley la que confiere a los particulares afectados los instrumentos necesarios para la reparación de las lesiones económicas que les imponga el planeamiento, de forma que en estos casos puede decirse que las exigencias urbanísticas hacen que se opere una verdadera conversión de los derechos particulares afectados, sustituyéndoles por otros que les faculta para la obtención de indemnizaciones reparadoras..."

en las leyes. Con posterioridad a la expropiación, le pertenece el derecho a percibir el equivalente económico de los bienes que le eran propios.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico no reconoce solamente en la posición del titular dominical frente a la Administración un mero interés legítimo en la obtención del equivalente económico que representa la indemnización, sino un auténtico derecho subjetivo.<sup>115</sup>

Por esta razón, tampoco podemos decir en sentido estricto que tras la expropiación se haya debilitado la posición jurídica que el propietario ocupaba con anterioridad a la misma, ya que sigue siendo el titular de un derecho subjetivo a la indemnización y no de un mero interés legítimo en su percepción ante la Administración.

---

<sup>115</sup> Coincidiendo con nuestra opinión, LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE. "Manuale di Diritto Amministrativo", antes cit. pag. 166.

## **CAPITULO CUARTO**

### **LA DISCIPLINA CODIFICADA DE LA PROPIEDAD PRIVADA**

## I. LA DENOMINADA "DUPLICIDAD DE CARAS" DEL REGIMEN JURIDICO DOMINICAL.

A primera vista, y de una simple lectura de los preceptos que en nuestro sistema regulan el derecho de propiedad privada, se descubre un fenómeno que llama la atención: la denominada "duplicidad de caras" del régimen jurídico dominical.<sup>1</sup>

Por un lado, nos encontramos la disciplina que nos ofrece el Art. 348 del Cc. y de otro lado, la regulación dada por el Art. 33 de la CE.<sup>2</sup> El primero de los preceptos citados es reflejo de la "dimensión individualista" de inspiración netamente liberal del derecho de propiedad, mientras que el segundo se hace eco de la "dimensión social" que adquiere todo su sentido en el contexto del actual Estado de Bienestar.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> La referencia al fenómeno de la "duplicidad de caras" del derecho de propiedad encuentra su origen en la doctrina alemana. Vid. en concreto, HEDEMANN, J. W. "Tratado de Derecho Civil", Vol II, cit. pags. 139 y 140. Sin embargo, nosotros utilizamos la expresión "duplicidad de caras" en un sentido más laxo que el propuesto por el autor alemán. HEDEMANN alude a la "duplicidad de caras" en el régimen jurídico de la propiedad para referirse exclusivamente a la disciplina codificada, en donde observa que en un primer momento se reconoce al propietario un amplio poder sobre las cosas que le pertenecen y posteriormente se condiciona el reconocimiento de ese poder al respeto a la ley y a los derechos de terceros. Por lo tanto, un cara del régimen codificado de la propiedad es la inicial libertad que se atribuye al propietario, y otra cara son las limitaciones que, *a posteriori*, se imponen por razón del respeto a la ley y a los derechos ajenos. Nosotros nos referimos a la "duplicidad de caras" del régimen de la propiedad existente entre el Código Civil, de inspiración individualista, y la Constitución de marcado acento social. Por consiguiente, no resaltamos aquí las distintas perspectivas desde las que se puede contemplar un mismo precepto (Art. 348 Cc.), sino los presupuestos políticos y sociales que inspiran diferentes regímenes jurídicos (Código Civil y Constitución).

<sup>2</sup> Creemos conveniente transcribir la dicción literal de ambos preceptos con el fin de realizar una labor de contraste perceptible ya a simple vista: Art. 348 Cc.: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes". Art. 33. CE.: 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

<sup>3</sup> En un sentido similar se ha manifestado ESPIN CANOVAS, cuando estima que "resulta de lo expuesto un dualismo entre la regulación de la propiedad en el Código Civil, de tónica individualista,

La duplicidad de caras del régimen jurídico dominical se manifiesta en el entendimiento de que por una parte, en base al Art. 348 Cc. el propietario puede usar sus bienes según su criterio o arbitrio, para la satisfacción de sus necesidades personales. Conforme a los principios individualistas que inspiran el Código Civil, el propietario goza de un vasto poder sobre las cosas que le pertenecen, el cual sólo puede ser limitado excepcionalmente cuando de manera expresa lo dispongan las leyes.

No obstante, por otra parte, y en base al Art. 33.2 CE, en el ejercicio del derecho de propiedad su titular debe respetar los límites que normalmente se le imponen como consecuencia de las exigencias derivadas de la función social. En el vigente ámbito constitucional, no se consiente que el ejercicio del derecho de propiedad vaya dirigido a la satisfacción egoísta de los intereses individuales del propietario. Los límites normales responden a la necesidad de modalizar en sentido social el ejercicio de los poderes dominicales para lograr una realización simultánea del interés de su titular y el interés más amplio y general de la comunidad globalmente considerada, evitando así que aquél se convierta en obstáculo para la consecución de éste.<sup>4</sup>

---

y de la Constitución y de las leyes en sentido social [...]. Es preciso tener en cuenta este dualismo para conocer el estatuto actual de la propiedad". Vid. ESPIN CANOVAS, DIEGO. "Manual de Derecho Civil español". Vol II. Derechos reales. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1985, pag. 101.

<sup>4</sup> Teniendo en cuenta la ambivalencia con la que se caracteriza a la propiedad privada en el actual ordenamiento jurídico, BARNES VAZQUEZ ("La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pag. 116.) estima que "función y poder o libertad constituyen las dos caras de una misma moneda". Por otra parte, en orden al contraste existente entre los Arts. 348 Cc. y 33.2 CE es digna de mención la ST 6 Febrero 1993 de la AP de Madrid (R.A.Civ. 141), pues en ella se aprecia una amplia coincidencia con las tesis por nosotros ahora sustentadas en sede de la denominada "duplicidad de caras" del régimen jurídico de la propiedad privada en nuestro ordenamiento. Así en el Fto. de Dcho. 11º de la resolución citada se dice que el art. 348 del Código Civil concibe al dominio, hijo de su tiempo, como un señorío absoluto en el que las limitaciones son periféricas y accidentales. Por su parte, el art. 33 de la Constitución española lo enfoca en un sentido limitado y con una función social prioritaria.

Sin embargo, el fenómeno de la "duplicidad de caras" del régimen jurídico de la propiedad no se plantea única y exclusivamente de manera original en el ordenamiento español. Por el contrario, nos hallamos ante un fenómeno que comienza a manifestarse incipientemente en Alemania, incluso antes del nacimiento del Estado de Bienestar.

Así, en 1898, ANTON MENDER había ya criticado con severidad el Proyecto del Código Civil alemán (BGB) de 1900, al considerar que en el mismo se advertía una debilitación de la propiedad privada, debida a que la doctrina de la intangibilidad y de la ilimitación dominical, propia del mundo liberal, era una invención en la esfera de los ricos, una ficción que difícilmente podría ser llevada a cabo.<sup>5</sup>

El citado autor alemán censuraba también el Proyecto del BGB por entender que, al asumir una ya anacrónica concepción individualista y liberal del derecho de cosas, se olvidaba de los pobres y de la significación social de la propiedad privada.

En este entendimiento hemos de admitir que la interpretación de MENDER subrayaba la realidad de su época y, en cierto modo, era premonición de una pronta inadecuación de las futuras disposiciones del Código Civil al marco social en la que deberían de ser aplicadas. Inadecuación que se confirma cuando la realidad social vigente en ese momento es recibida a nivel normativo por la Constitución de Weimar de 1919.<sup>6</sup> En este texto constitucional se

---

<sup>5</sup> MENDER, ANTON. "El Derecho Civil y los pobres", antes cit. pag. 246. En la misma línea y recogiendo las palabras de MENDER, HATTENHAUER, HANS. "Conceptos fundamentales del Derecho Civil", antes cit. pag. 121.

<sup>6</sup> Unos años posterior a la Constitución alemana de Weimar (1927) es la obra de KARL RENNER "Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion" ("Las instituciones del Derecho Privado y su función social") en la que el citado autor pone de manifiesto la inadecuación entre la normativa del BGB y la realidad a la que ésta ha de ser aplicada. RENNER hace referencia al hecho de que la realidad ha sufrido una profunda transformación y, sin embargo, no se ha producido un paralelo cambio en las normas codificadas. Sobre este particular RENNER, KARL. "Gli istituti del Diritto Privato e la loro funzione sociale", antes cit. pag. 73. Estas palabras del autor alemán constatan

abandona la concepción liberal e individualista de la propiedad privada, resaltándose ahora los aspectos sociales y económicos en su régimen jurídico.

La inadecuación entre la realidad social-constitucional y la caduca concepción liberal de la propiedad codificada, se torna en definitiva con la llegada de la *Bonner Grundgesetz*, la cual consolida y arraiga la inspiración social inicialmente recibida en Weimar.

A partir de entonces no han sido pocos los autores que han insistido en que la garantía constitucional de la propiedad privada no coincide ya con el concepto de la misma propuesto en el párrafo 903 del BGB.<sup>7</sup> Efectivamente, a nuestro modo de ver, el régimen jurídico dominical contenido en el pgr. 903 BGB. se inspira en los principios liberales, mientras que la formulación que recoge el Art. 14 GG adquiere todo su significado en el contexto del Estado del Bienestar, en donde la vertiente social pasa a ocupar un lugar preferente.<sup>8</sup>

---

nuestra tesis de que tras Weimar la adecuación entre realidad normativa y social se hizo aún mayor. En sentido contrario, DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El urbanismo desde la perspectiva del Derecho Privado", antes cit. pags. 294 y 295, en donde se expresa la opinión de que la contradicción existente ya a principios de siglo entre las tendencias de inspiración netamente social existentes en la realidad y los principios individualistas vigentes en los Códigos Civiles resulta corregida por la aparición de nuevas Constituciones, y en concreto se refiere a la Norma Fundamental de Weimar de 1919. A nuestro juicio, tras Weimar la contradicción es mucho mayor, ya que no se trata sólo de una inadecuación entre la realidad social y la normativa codificada, sino que surge un problema de mayor gravedad: esa realidad social ha sido recibida normativamente en un texto constitucional. Por lo tanto, la dificultad se halla ahora en coordinar las disposiciones del Código Civil con la nueva Constitución.

<sup>7</sup> En la doctrina alemana este hecho ha sido destacado, entre otros, por HEDEMANN, J. W. "Tratado de Derecho Civil", Vol II, cit. pags. 19, 140 y 141. HATTENHAUER, HANS. "Conceptos fundamentales del Derecho Civil", cit. pags. 118 y 123. En la doctrina italiana, POZZO, BARBARA. "Eigntum", antes cit. pag. 327. Finalmente en nuestra doctrina CARRASCO PERERA, ANGEL. "El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas.", antes cit. pags. 71 y 72.

<sup>8</sup> El Pgr. 903 BGB dispone: "El propietario de una cosa, puede en cuanto no se oponga con ello a la ley o a los derechos de terceros, disponer de la cosa a su libre arbitrio y excluir a otros de cada acción sobre ella." A su vez, afirma el Art. 14 GG: "La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Contenido y límites vienen establecidos por las leyes. La propiedad impone obligaciones. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien de la colectividad".

La "duplicidad de caras" del régimen de la propiedad resulta también apreciable en el ordenamiento jurídico italiano. A nuestro juicio, el Art. 832 del Cc. Italiano de 1942 asume una concepción dominical distorsionante con el espíritu social que reside en el Art. 42 de la Constitución del mismo país vigente en la actualidad.<sup>9</sup>

Ante afirmaciones de este tipo se nos podría objetar que, a diferencia de lo que acontecía con el Art. 436 del Código Civil italiano de 1865, el Código de 1942 abandona la perspectiva liberal-burguesa para adoptar inquietudes de talante socializante.

Es cierto que en el Código de 1942 el centro del sistema ya no lo ocupa el dominio de los bienes inmuebles, sino la empresa o el trabajo, que el concepto de propiedad ha sido sustituido por la referencia a la situación del propietario y que ya no se habla de uso prohibido por las leyes o los reglamentos, sino de límites y obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico.<sup>10</sup>

Sin embargo, estimamos siguiendo a RUBINO Y LUCARELLI que el Código de 1942 no representa una verdadera y propia subversión, ni siquiera una profunda modificación

---

<sup>9</sup> Dichas disposiciones rezan de la siguiente manera: Art. 832 Cc.: "El propietario tiene el derecho de gozar y disponer de las cosas de modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico".

Art. 42 Constitución: "La propiedad es pública o privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, entidades o a particulares. Se reconoce la propiedad privada y la garantiza la ley, la cual determina los modos de adquirirla y disfrutarla y sus límites con la finalidad de asegurar su función social y hacerla accesible a todos."

<sup>10</sup> IRTI, NATALINO. "La cultura del Diritto Civile", antes cit. pag. 31. RODOTA, STEFANO. "Proprietà. Diritto Vigente", ya cit. pag. 131.



respecto al precedente de 1865.<sup>11</sup> En palabras de LUCARELLI, "el Código de 1942 opera un *restyling* solamente formal del derecho de propiedad que mantiene sus caracteres de poder pleno, absoluto y exclusivo, identificándose en el poder del particular de poseer, gestionar y gozar de un bien."<sup>12</sup>

Existen varias razones que nos llevan a creer que las modificaciones operadas por el Código de 1942 son meramente formales.

Hay que ser conscientes de que el citado cuerpo normativo fue compilado por juristas que, llevados por su aversión al régimen fascista y a todo ataque a la tradición jurídica, intentaron reducir en todo lo posible las transformaciones que se les sugerían.<sup>13</sup> Se trataba de hombres de Derecho educados por maestros liberales, los cuales construyeron un Código Civil no demasiado apegado a la ideología fascista. Por estas y otras razones, el Código de 1942 acabó por ser configurado como un texto legislativo de altísimo nivel técnico, heredero de cincuenta años de estudios jurídicos, lo que precisamente le llevó a poder sobrevivir al fin

---

<sup>11</sup> RUBINO, DOMENICO. "Modernas tendencias sobre los límites del derecho de propiedad en Italia", antes cit. pags. 192 y 206. LUCARELLI, FRANCESCO. "Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici", cit. pag. 198 y 199. En sentido contrario, RODOTA, STEFANO. "Proprietà. Diritto Vigente", antes cit. pag. 132.

<sup>12</sup> Ibidem Supra. Igualmente IANNELLI considera que "el legislador de 1942 no ha cambiado sustancialmente la fórmula contenida en el Código de 1865: la propiedad permanece por siempre con el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos". Mas ampliamente IANNELLI, ANTONIO. "La proprietà costituzionale", cit. pags. 29 a 32.

<sup>13</sup> En este orden de cosas BONINI, se ha referido al fenómeno de la "fascistizzazione" del Código Civil italiano, observando que el propio tecnicismo de la materia era destinado a actuar como rémora a una amplia penetración de la ideología fascista en el Código. Este tecnicismo, continúa BONINI, fue a menudo utilizado por los juristas conscientes y con posiciones de responsabilidad como "dispositivo frenante". Vid. BONINI, ROBERTO. "Dal Codice Civile del 1865 al Codice Civile del 1942", en AA.VV. "I cinquant'anni del Codice Civile". Atti del Covegno di Milano 4-6 Giugno 1992. Vol. Primo. Relazioni. Ed. Giuffré, Milano 1993, pag. 51. Sobre las palabras recogidas en el texto Vid. RUBINO, DOMENICO. "Modernas tendencias sobre los límites del derecho de propiedad en Italia", antes cit. pag. 192.

del fascismo.<sup>14</sup>

Debido a este apego a la tradición jurídica, aunque se hallaba presente en el Art. 18 del Proyecto redactado por la Comisión Real,<sup>15</sup> la función social de la propiedad privada no fue definitivamente recibida en el Art. 832 del Código italiano de 1942. En los motivos que se argumentaban para negar su admisibilidad estaba aún vigente el espíritu liberal. Había un cierto temor a la función social, porque se estimaba que las obligaciones o límites que de ella podrían derivar constituirían un grave peligro para los derechos de los particulares. Se reclamaba en todo momento que ésta actuase únicamente mediante ley y se subrayaba el riesgo de arbitrariedad si se dejaba su apreciación discrecional en manos de los jueces. Igualmente se repudiaba la inclusión de la función social en el Código Civil, porque se consideraba que ésta era una fórmula carente de carácter jurídico y, consecuentemente, su ubicación más lógica sería en un texto o documento político.<sup>16</sup>

Por consiguiente, al rechazarse el principio que representa el máximo exponente de los ordenamientos de inspiración comunitaria y social, estimamos que las transformaciones que sí llegaron a tomar cuerpo en el Código de 1942 ( referencia a la empresa, al trabajo, a las obligaciones establecidas por el ordenamiento, etc) realmente no obedecieron a la satisfacción

---

<sup>14</sup> IRTI, NATALINO. "I cinquant'anni del Codice Civile", en AA.VV "I cinquant'anni del Codice Civile". Atti del Convegno di Milano 4-6 Giugno 1992. Vol. Primo. Relazioni. Ed. Giuffré, Milano 1993, pags. 431 y 432. GHISALBERTI, CARLO. "Tradizione e innovazione nel Codice del 1942", en la misma obra colectiva ahora citada, pag. 68.

<sup>15</sup> El artículo 18 del Proyecto preparado por la Comisión Real prescribía: "La proprietà é il diritto di godere e disporre della cosa in modo esclusivo, in conformità della funzione sociale del diritto stesso. Il proprietario deve inoltre osservare i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti e i diritti spettanti ai terzi sulla medesima cosa". Tomado de la lectura de RODOTA, STEFANO. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 369. BIGLIAZZI GERI, LINA. "Evoluzione ed involuzione nel diritto di proprietà", cit. pag. 520.

<sup>16</sup> RODOTA, STEFANO. "Proprietà. Diritto Vigente", antes cit. pag. 131. Igualmente del mismo autor "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 369.

del interés de la colectividad global, del pueblo, sino a la realización del interés estatal que se identificaba con el aumento de la productividad.<sup>17</sup> La idea de solidaridad que algunos pretenden ver en el Código de 1942 no actúa como un criterio ético-político, sino como una regla económica que se reduce a racionalizar la actividad del propietario con la intención de obtener la máxima productividad de los bienes.<sup>18</sup>

Consecuentemente, entre el régimen codificado y constitucional de la propiedad privada vigente en Italia existe, cuando menos, una cierta distancia, ya que los principios inspiradores de una y otra regulación no son coincidentes en su totalidad.

## II. POSICION EN EL MARCO JURIDICO ACTUAL DEL ARTICULO 348 DEL CODIGO CIVIL. SU INTERPRETACION CONFORME A LA CONSTITUCION.

Como ya ha sido puesto de relieve, en la actualidad conviven en nuestro ordenamiento jurídico dos concepciones distintas del régimen jurídico dominical: la noción liberal e

---

<sup>17</sup> Refiriéndose al concepto de función social recibido en la Constitución Italiana de 1948, señala RUBINO que la principal diferencia con la concepción fascista es que esta función de la propiedad viene considerada no en interés del Estado, sino del pueblo. (RUBINO, DOMENICO. "Modernas tendencias sobre los límites del derecho de propiedad en Italia", cit. pag. 206.). Sobre la identificación del interés del Estado italiano fascista con la consecución de un aumento en la productividad Vid. BONINI, ROBERTO. "Dal Codice Civile del 1865 al Codice Civile del 1942", antes cit. pags. 46 y 47. LUCARELLI, FRANCESCO. "La proprietà pianificata", antes cit. pag. 200. Idem. "Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici", antes cit. pag. 27.

<sup>18</sup> Para LUCARELLI, la idea de solidaridad presente el Código de 1942 supone solamente un juicio de valor que tiende a garantizar una mejor utilización de los bienes. La función social es todavía una fórmula retórica que solamente es usada para resaltar el significado impulsivo y activo de la propiedad privada. El citado autor pone como ejemplo la Relación al Código Civil n. 403, que en referencia a la función social finaliza diciendo "non quindi la proprietà passiva, ma la proprietà attiva, che non se limita a godere i frutti della ricchezza, ma la sviluppa, li aumenta e moltiplica". Por lo tanto, si ello es así, la propiedad continúa siendo representada en el vigente Código como una relación directa y exclusiva entre el titular y el bien. Más extensamente sobre el tema LUCARELLI, FRANCESCO. "La proprietà pianificata", antes cit. pags. 197 a 200. Igualmente "Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici", antes cit. pag. 26 y ss.

individualista contenida en el Código Civil y la dimensión social que, en el seno del Estado del Bienestar, acoge nuestra Constitución. Por esta razón, no es aventurado afirmar que entre la disciplina civilística y constitucional del derecho de propiedad se vive hoy una relación tensa que es necesario salvar.<sup>19</sup>

Si en la actualidad coexisten en nuestro ordenamiento jurídico sistema dos regímenes distintos del dominio, es menester determinar cuál es el lugar que corresponde a cada uno de ellos en su interior.

Al respecto, un sector considerable de la doctrina estima que el régimen jurídico de la propiedad privada halla su centro de gravedad en la disciplina constitucional, mientras que el Art. 348 Código Civil desempeña una función de paradigma normativo que rige residual y subsidiariamente para aquellas categorías de bienes en las que la función social no ha sido todavía concretada por una específica ley ordinaria.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> En la misma línea que las palabras del texto, BASSOLS COMA, MARTIN. "Constitución y sistema económico", antes cit. pag. 112, donde literalmente dice el autor: "La sustantividad del derecho de propiedad desde el punto de vista constitucional contrasta evidencialmente con el tratamiento arquetípico, abstracto, intemporal y dogmático propio de la elaboración teórica tradicional propiciada por la ciencia civilista".

<sup>20</sup> Ya con anterioridad a la Constitución española de 1978 y bajo la vigencia de las Leyes Fundamentales del Régimen Franquista LASARTE, CARLOS. "Propiedad privada e intervencionismo administrativo", antes cit. pag. 151. Igualmente con carácter previo a la Constitución BASSOLS COMA y GOMEZ-FERRER ("La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos", antes cit. pags. 48 y 49.) destacaban la residualidad de la concepción individualista de la propiedad privada diciendo que "la concepción individualista, residual, sigue subsistiendo en la práctica en relación con aquellos tipos de bienes en la que la concepción social vigente, y su alcance, no ha sido aún concretada." En este mismo entendimiento, y ya con posterioridad a la vigente Norma Fundamental, afirma MONTES PENADES ("La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil Contemporáneo", cit. pag. 229.) que "el artículo 348 del Código se nos aparece como un precepto obsoleto, aislado, que rige solamente de modo residual y para bienes no incorporados directamente al proceso productivo". Posteriormente, LOPEZ Y LOPEZ ("La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 149.) siguiendo la línea marcada por MONTES, califica al Art. 348 como un paradigma sin sustancia normativa.

Ante tales consideraciones, es necesario cuestionarse si, como consecuencia de la nueva perspectiva social que la propiedad privada adquiere en la Constitución, el Art. 348 Cc. queda reducido a la total obsolescencia práctica, mateniéndose su vigencia en un rincón del ordenamiento en donde, a modo de "cajón de sastre", se amontonan los fósiles jurídicos como vestigios y símbolos del pasado, pero inservibles para la vida activa.

Para dar respuesta a este interrogante, hemos de partir del análisis de los orígenes del problema, con el fin de encontrar, si es que éstas existen, las auténticas razones que aconsejan la conservación del Art. 348, para intentar averiguar luego cuál es el papel que este precepto desenvuelve en el actual ordenamiento jurídico.

En el contraste de la regulación del Art. 348 Cc. y Art. 33 CE. se puede decir que el régimen constitucional del derecho de propiedad ha de prevalecer sobre el codificado, ya que la Constitución es la Norma Suprema del ordenamiento jurídico, y por lo tanto debe primar sobre el Código, que sólo es una ley ordinaria.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> En este sentido LAVAGNA afirma que la Constitución es una norma de valor superlegislativo, ya que es fuente superior a la propia ley ordinaria". Vid. LAVAGNA, CARLO "Istituzioni di Diritto Pubblico". Ed. Utet, Torino 1986, pag. 180. En opinión de STERN, KLAUS. ("Derecho del Estado de la República Federal Alemana", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1987, pag. 218.) "una Constitución sólo puede ser Fundamental Law, orden jurídico fundamental del Estado, que ocupa, en cuanto a nivel máximo del sistema de normas jurídicas estatales, la cúspide a la pirámide normativa". Para IRTI, NATALINO, ("La cultura del Diritto Civile", antes cit. pag. 35) "la Constitución, perteneciendo a la categoría de las Constituciones rígidas, se coloca en el vértice de la pirámide normativa". Al respecto Vid. también DE VEGA GARCIA, PEDRO. "Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español", en Revista de Política Comparada, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, nº 10-11, Madrid 1984, pags 403 y ss. En la misma línea BALAGUER CALLEJON, FRANCISCO. ("Fuentes del Derecho", Vol II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos. Ed. Tecnos, Madrid 1992, pag. 28) considera que "la Constitución es la fuente suprema dentro del ordenamiento que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad." GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON. "Curso de Derecho Administrativo", Vol. I, Ed. Cívitas, Madrid 1987, pag. 97, en donde se dice que "la Constitución no es sólo una norma sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la Norma Fundamental, Lex Superior". Finalmente, RUIPEREZ ALAMILLO, JAVIER. "La Constitución como norma jurídica", trabajo inédito que manejamos por cortesía del autor, antes cit.

Empero, la supremacía de la Constitución sobre el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico no resulta garantizada por el simple hecho de que se incluya en su cuerpo normativo una disposición que lo declare expresamente. A lo largo de toda la historia del constitucionalismo español siempre ha habido algún precepto constitucional que declaraba el carácter de norma suprema de la Constitución de la que formaba parte y, sin embargo, normalmente éstas quedaban reducidas a la consideración de meras declaraciones de principios carentes de eficacia directa e inmediata.

Por este motivo y para hacer efectiva la supremacía constitucional es necesario que en la propia Constitución se contemplen garantías que eficazmente aseguren la subordinación del resto del ordenamiento jurídico a la misma.

En este marco, desempeña un papel primordial el mecanismo de la Justicia Constitucional. Con sus resoluciones, el Tribunal Constitucional se convierte en el máximo garante y custodio de la Constitución, encargándose de expulsar del ordenamiento jurídico toda norma que contradiga, ya no sólo un precepto concreto suyo, sino también los principios informadores y generales que inspiran su espíritu.<sup>22</sup> Ya desde sus primeros momentos de existencia, el Tribunal Constitucional ha calificado rotundamente a la Constitución como una auténtica norma jurídica, fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico y directamente aplicable.<sup>23</sup>

---

pags. 20 y ss.

<sup>22</sup> HESSE, KONRAD. "Escritos de Derecho Constitucional", antes cit. pag. 54. CANOSA USERA, RAUL. "Interpretación constitucional y fórmula política". Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988, pags. 298 y 299, en donde se señala que habrán de ser declaradas inconstitucionales las normas que trasgredan ya no sólo ciertos preceptos concretos de la Carta, sino también, cuando vulnere los principios esenciales que forman la fórmula política.

<sup>23</sup> Entre las innumerables resoluciones en las que el Tribunal Constitucional plasma esta doctrina, cabe destacar especialmente las dictadas en los primeros momentos de su actuación, ya que, frente a la tan arraigada tradición jurídica que consideraba a los textos constitucionales como meros catálogos

Debido a su indudable naturaleza de Norma Suprema del ordenamiento, la Constitución no se ve vinculada, ni en el momento de su nacimiento, ni a lo largo de su vigencia, por la normativa contenida en Código, de la que puede hacer caso omiso. Por lo tanto, y si ello es así, nuestra Norma Fundamental habría podido instaurar una concepción de la propiedad radicalmente distinta a la vigente en el Código Civil.

En este sentido, si la Constitución no reconociese o aboliese el derecho a la propiedad privada, la regulación codificada que mantuviese su vigencia debería ser derogada, por tratarse de una ley anterior al texto constitucional que se encuentra en franca oposición con el mismo.

Es decir, si la disciplina codificada de la propiedad privada contraviniese la Constitución, para expulsarla del ordenamiento jurídico, bastaría con acudir a la Disposición Derogatoria CE que establece en su apartado tercero la derogación automática de cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución, pues, al tratarse de una normativa anterior a la vigencia de la Carta de 1978, ni siquiera se necesitaría acudir al Tribunal Constitucional mediante la interposición, por quien estuviese legitimado para ello, de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.<sup>24</sup>

---

programáticos carentes de efectividad inmediata, se consolida la idea de que la Constitución es la Norma Suprema del ordenamiento jurídico a la que quedan vinculados la totalidad de los poderes públicos y a la que están subordinadas las restantes disposiciones normativas que lo integran. Así, entre otras resoluciones: 4/1981 de 2 de Febrero Fto. Jco. 1º, 9/1981 de 31 de Marzo Fto. Jco. 3º, 16/1982 de 28 de Abril, Fto. Jco. 1º, 8/1983 de 18 de Febrero Fto. Jco. 3º, 122/83 de 16 de Diciembre Fto. Jco. 4º. Sobre la superación de la tradición negatoria del valor normativo a las Constituciones, Vid. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO/FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON. "Curso de Derecho Administrativo", Vol I, antes cit. pag. 91. PEREZ ROYO, JAVIER. "Las fuentes del Derecho", antes cit. pags. 32 y ss.

<sup>24</sup> En este mismo sentido SSTs. 29 Junio 1984 (Cont-Adm) Cdo. 3º (RJA 4918), 20 Septiembre 1984 (Cont-Adm) Cdo. 4º (RJA 4569), 27 Marzo 1991 (Cont-Adm) Fto Dcho. 2º (RJA 5647), 14 Junio 1991 (Cto-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 5005), 26 Septiembre 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 7582). Ahora bien, la situación sería distinta si se diese la hipótesis de que hoy el legislador ordinario procediese a reformar el Art. 348 del Código Civil, introduciendo una normativa contraria

Es cierto que el apartado 3º de la Disposición Derogatoria y la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad son dos caminos distintos para obtener el mismo resultado: expulsar del ordenamiento la norma contraria la Constitución. No obstante, nos interesa resaltar esta diferenciación para poner de manifiesto lo relativamente fácil que sería eliminar del ordenamiento jurídico la disciplina codificada de la propiedad privada si ésta contraviniese nuestra Norma Fundamental. En una hipotética contravención constitucional, el Art. 348 Cc. podría ser derogado *ministerio legis*, es decir automáticamente por el Juez que conociese del caso de que se trate, sin que fuese necesario el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que de existir no tendría valor constitutivo, sino meramente declarativo de una realidad que tiene su verdadero origen en la Disposición Derogatoria 3ª CE.<sup>25</sup>

---

a los principios constitucionales. En este caso, el único legitimado para declarar la inconstitucionalidad del Art. 348 sería el Tribunal Constitucional, cuando hubiese sido requerido para ello mediante la interposición del correspondiente recurso. Sin embargo, esta diferenciación que parece evidente no fue apreciada en su día, en un caso similar, por el Tribunal Constitucional, que califica de inconstitucionalidad sobrevenida la situación de ciertas disposiciones de la Ley preconstitucional del Régimen Local que eran contrarias a nuestra Norma Fundamental. En concreto STC 4/1981 de 2 de Febrero, particularmente en su Fto. Jco. 1º. En este supuesto cabe destacar el Voto Particular formulado a la Sentencia por el Magistrado RUBIO LLORENTE en el que se mantiene la tesis que ahora defendemos. Se dice literalmente en el Fto. Jco. 1º de dicho Voto Particular que *"Inconstitucionalidad y derogación son instituciones jurídicas distintas, cuyas diferencias no pueden ser abolidas mediante el recurso a un concepto híbrido y contradictorio, el de inconstitucionalidad sobrevenida..."*. Se continúa con el razonamiento en el Fto. Jco. 2º, añadiendo que *"la determinación de cuál sea la normativa aplicable al caso controvertido, es decir, la norma vigente y, en consecuencia, la apreciación de cuáles son los preceptos que, habiendo existido, han sido expulsados del ordenamiento por haber sido derogados, es facultad propia de los jueces y Tribunales..."*. En esta misma línea argumentativa, y apartándose de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la referida sentencia, sostiene el Tribunal Supremo que en casos de disposiciones anteriores a la Constitución "no es necesario acudir a la doctrina de la inconstitucionalidad sobrevenida, sino a la Disposición Derogatoria tercera del texto constitucional, que declara derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la Constitución..." Vid. SSTs 15 Marzo 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 2238) ahora extractada y 3 Octubre 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 8º (RJA 5662). Por lo tanto, a nuestro juicio, en el aptdo. 3º de la Disposición Derogatoria CE se han recibido simultáneamente a nivel constitucional los principios *Lex posterior derogat anteriori* y *Lex superior derogat inferiori*. Es necesario considerar que la ley posterior no tiene efectos derogatorios cuando es de rango inferior a la ley anterior. No obstante, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, respecto la cual quedan subordinadas las restantes disposiciones que lo integran.

<sup>25</sup> Véase la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en la nota anterior.



Ante esta situación, resulta inevitable el interrogarse sobre cómo es posible adecuar un precepto nacido en pleno orden liberal y de clara inspiración individualista, tal y como es el Art. 348 del Código Civil, a una realidad constitucional de claro sentido social.

Estimamos que la solución puede venir dada en vía interpretativa.

El Art. 348 Cc. está dotado de un alto grado de historicidad y nace rodeado de un conjunto de valores vigentes en un concreto punto de la historia con la intención de dar solución a problemas presentes en el momento de su promulgación.

Sin embargo, con el trascurso del tiempo, se comienzan a suceder toda una serie de acontecimientos políticos, sociales y económicos que alteran sustancialmente los presupuestos que estaban en la base del régimen jurídico que del derecho de propiedad recoge el Código. Como consecuencia de la industrialización, hacen acto de presencia nuevas necesidades sociales que resultan irreducibles a las formas de vida y valores de la burguesía propietaria, en torno a los cuales gira en su totalidad la disciplina codificada.<sup>26</sup>

Pese al surgimiento de este novedoso contexto, la normativa dominical codificada permanece fiel a todo un conjunto de valores y principios que comenzaban a estar caducos, no siendo sensible a los cambios de orientación social que en la crisis del liberalismo se producen. La inadecuación del Art. 348 del Código Civil a la realidad del tiempo en que ha de ser aplicado comienza a hacerse patente. Ello lo demuestra el hecho de que cada vez son más numerosas las voces que califican a esta normativa como una reliquia del pasado

---

<sup>26</sup> MAZZAMUTO, SALVATORE y NIVARRA, LUCA. "Principi generali e legislazione speciale: l'attualità del codice civile italiano", en Riv. Cr. Dir. Priv., anno X, 4 Dicembre 1992, Ed. Jovene Editori, Napoli, pag. 530.

necesitada de urgente actualización.<sup>27</sup>

Una de las causas de la falta de adaptación del régimen codificado dominical a su nuevo sustrato social la constituye el hecho de que el ordenamiento jurídico no evoluciona automáticamente al compás de la realidad. Se trata del fenómeno puesto ya de manifiesto por PORTALIS en el Siglo XIX, cuando este autor se percataba de que "las leyes permanecen tal y como han sido escritas. Los hombres, al contrario no reposan jamás".<sup>28</sup>

Llevaba razón GEORGE RIPERT al afirmar que toda revolución social ha de ser al mismo tiempo una revolución jurídica si no se quiere que sea una vana perturbación jurídica.<sup>29</sup> En efecto, normalmente todo cambio social, económico o político comporta a su vez un cambio jurídico.<sup>30</sup> No obstante, ello no quiere decir que éste se produzca de manera automática e inmediata respecto al momento en el que tiene lugar el cambio de la realidad social, política o económica. Si fuese así, no cabe duda que se originaría un trastorno mucho mayor que el que pudiera ser producido por la pasividad jurídica ante la evolución de la

---

<sup>27</sup> Analogamente, y en relación a la inadecuación del Codice Civile a la actual realidad italiana, RODOTA, STEFANO. "Introduzione", en "Il Diritto Privato nella società moderna". Saggi a cura di S. Rodotà. Ed. Il Mulino, Bologna 1971, pag. 30.

<sup>28</sup> PORTALIS, JEAN ETIENNE MARIE. "Discours Preliminaire", antes cit. pag. 41.

<sup>29</sup> RIPERT, GEORGE. "Aspects juridiques du Capitalisme moderne", Ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París 1946. pags. 1 y ss. Igualmente MARIN PEREZ, PASCUAL. "La estructura del Estado y el Derecho Privado", antes cit. pag. 36.

<sup>30</sup> La ligazón existente entre evolución de la realidad social, política y económica y cambio jurídico-normativo ha sido puesta de manifiesto por la doctrina tratando de temas diversos y diferenciados. Así, destacan entre otros autores: PERLINGIERI, PIETRO. "Profili istituzionali del Diritto Civile", antes cit. pags. 18 y 19. AZCARATE, GUMERSINDO DE. "Historia del derecho de propiedad". RGLJ 1878, pags. 469 y 470. CAMPUZANO Y HORMA, FERNANDO. "La evolución de la propiedad en el Derecho Constitucional". RGLJ, 1931, Tomo I, pag. 625. BASSOLS COMA, MARTIN y GOMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL. "La vinculación de la propiedad privada por los planes y actos administrativos", cit. pag. 20. ALEJANDRE GARCIA, JUAN A. "Temas de Historia del Derecho. Derecho del constitucionalismo y la codificación", cit. pags. 130 y 131.

realidad.

Las mutaciones en las estructuras sociales, económicas y políticas necesitan madurar y consolidarse antes de estructurarse como el contenido y fin de las normas jurídicas. Tan sólo a partir de este momento, la nueva realidad social, política o económica podrá tener respuesta normativa.<sup>31</sup>

Consecuentemente, el Derecho permanece inmodificado en tanto no sean puestos en marcha sus propios mecanismos de transformación, es decir, mientras no sean recibidas a nivel legislativo las nuevas orientaciones políticas sociales o económicas.<sup>32</sup> Por este motivo, la realidad jurídica progresa a un ritmo más lento. Esto supone que cuando el cambio social, político o económico acontezca trepidantemente, la evolución jurídica no podrá alcanzarlo y como efecto se generará una inadecuación entre la norma y la realidad del tiempo en que haya de ser aplicada.

Por lo tanto, el principal problema que dificulta en la actualidad la aplicación del Art. 348 Cc. lo constituye el gran distanciamiento temporal que existe entre el momento de

---

<sup>31</sup> Es opinión de HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "En defensa del Código Civil", antes cit. pag. 778, para quien "la ley se aviene mal con el ensayo. El Derecho es, en gran medida, historia, y la historia no es el simple suceso, sino la huella y la enseñanza que van dejando ciertos sucesos". Por otra parte, BALLARIN MARCIAL, ALBERTO ("Del Derecho Agrario al Derecho Agroalimentario", cit. pag. 155.) admite (refiriéndose al marco concreto del Derecho Agrario) que el Derecho Agrario como toda realidad jurídica ha de adaptarse a las circunstancias sociales del momento, pero a renglón seguido reconoce que es cierto que los datos o supuestos metajurídicos no cambian día a día, pero sí de tiempo en tiempo.

<sup>32</sup> En este sentido, DIEZ-PICAZO, LUIS. ("Experiencias jurídicas y teoría del Derecho", Ed. Ariel, Barcelona 1987, pag. 303.) reconoce que "el ordenamiento jurídico no tiene porque cambiar como consecuencia de los cambios sociales. O, por lo menos, no cambia en tanto no sean puestos en marcha sus propios mecanismos de transformación, o lo que es lo mismo, en tanto que no sea dictada una nueva legislación".

elaboración de la norma y la aplicación de la misma.<sup>33</sup> La disciplina codificada de la propiedad privada permanece inmutable, pero la realidad social, política y económica sobre la que ha de proyectarse su aplicación ha cambiado radicalmente.

En consecuencia, el objetivo que ha de perseguir nuestra labor interpretativa debe ser el intentar hacer posible la aplicación del Art. 348 Cc. en una forma no contradictoria con situaciones jurídicas y de hecho profundamente distintas a las operantes en el Siglo XIX.

La solución es posible obtenerla atribuyendo al Art. 348 Cc. un nuevo sentido que sea compatible y acorde con la realidad social del tiempo en que haya de ser aplicado.

Se trata simplemente de acudir a uno de los criterios axiológicos de interpretación que recoge el Art. 3.1 Cc., cuando dispone que "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que hayan de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

En este orden de cosas, el sentido normativo y objetivo del Art. 348 Cc. debe descubrirse no sólo en su tenor literal, antecedentes históricos y legislativos, sino en la nueva realidad social, política y económica que rodea su aplicación.<sup>34</sup> Por consiguiente, los

---

<sup>33</sup> Respecto el problema de sucesión de las normas en el tiempo, PEREZ MORENO, ALFONSO. (Prólogo a la obra de BARNES VAZQUEZ, JAVIER "La propiedad constitucional y el estatuto del suelo agrario", Ed, Civitas, Sevilla 1988, pag.21.) recalca que "en el proceso de positivización del derecho, existen dos fases fundamentales: una primera de elaboración de la norma y una segunda o secuencial de aplicación de la misma." La cuestión radica en que frecuentemente nos encontramos con que el momento de llevar a cabo cada una de las respectivas fases se halla muy distanciado en el tiempo.

<sup>34</sup> Como pone de relieve el Tribunal Supremo "Es cierto que para la interpretación de las normas hay que atender al sentido propio de sus palabras, pues así lo determina el art. 3 del Código Civil, pero este artículo, como es sabido, indica también que dicha interpretación gramatical hay que hacerla

factores sociológicos vigentes en el Siglo XIX han de ser matizados a efectos de interpretar la norma del Art. 348 CC. de acuerdo con la realidad social en que deba ser aplicada.<sup>35</sup> Realidad que responde al Estado del Bienestar y a la acentuación de las exigencias sociales frente al individualismo egoísta patrocinado por las ideas liberales burguesas.<sup>36</sup>

El sentido actual del Art. 348 Cc. ha de redescubrirse en el contexto del Estado Social,

---

en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas...." Vid. SSTs. 17 Marzo 1992 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 6º (RJA 3279) ahora extractada, 13 Julio 1985 (Civil) Cdo. 4º (RJA 4052), 20 Enero 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 2733), 17 Diciembre 1987 (Civil) Fto. Dcho. 3º (RJA 9422), 12 Marzo 1990 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 2520). En otro orden de cosas, hemos de reconocer que resulta discutible encuadrar el problema de la adecuación del sentido de una norma nacida en el Siglo XIX (Art. 348 Cc) a un contexto jurídico, social, político y económico totalmente distinto, por un lado, en el denominado método histórico-evolutivo o, por otro lado, en la utilización del canon sociológico de interpretación de la ley. Se trata, como acertadamente indica PEREZ ALVAREZ, de dos cuestiones diversas que a menudo se entremezclan. Por estos complejos motivos y por la propia naturaleza del trabajo que ahora acometemos, preferimos dejar apuntada la cuestión sin entrar a debatir sobre el fondo de la misma. No obstante, para obtener ciertas líneas orientadoras sobre la materia, son de aconsejable consulta las consideraciones que al respecto, entre otros autores, efectúan: PEREZ ALVAREZ, MIGUEL ANGEL. "Interpretación y Jurisprudencia. Estudio del Art. 3.1 del Código Civil". Ed. Aranzadi, Pamplona 1994, pags. 34 y 41 para las citas de VALVERDE y DEGNI respectivamente. Ultimamente, del mismo autor, "Realidad social y jurisprudencia", segundo ejercicio presentado al concurso para la provisión de una Cátedra de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, 10 de Febrero 1995, que manejamos por cortesía del autor, pags. 16 y ss. BATLLE VAZQUEZ, MANUEL. "Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales.", (Art. 3.1), Tomo I, Vol I, antes cit. pags. 84 y 85. SALVADOR CODERCH, PABLO. "Comentarios al Código Civil", Art. 3.1, Vol I, Ed. Secretaría General Técnica de Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pag. 24.

<sup>35</sup> En este sentido, Vid. Exposición de Motivos a la Reforma del Título Preliminar del Código Civil, llevada a cabo en virtud de Ley 3/1973 de 17 de Mayo y Decreto 1836/1974 de 31 de Mayo, en donde se recoge por vez primera en el Código Civil la ponderación del factor sociológico en la interpretación de las normas. En realidad el canon sociológico de interpretación fue ya recibido jurisprudencialmente desde la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 21 de Noviembre de 1934 (RJA 1833), la cual, en opinión de PEREZ ALVAREZ, invoca el elemento sociológico para obviar el carácter de norma programática carente de eficacia inmediata que se atribuía a la Constitución española de la Segunda República. Más ampliamente sobre este punto particular PEREZ ALVAREZ, MIGUEL ANGEL. "Interpretación y jurisprudencia. Estudio del Art. 3.1 del Código Civil", antes cit. pags. 47 y ss. Idem. "Realidad social y jurisprudencia", antes cit. pags. 36 y ss., especialmente y por lo que se refiere a las consecuencias de la no consideración de la Constitución española de 1931 como una norma jurídica de aplicación directa e inmediata, pags. 40 y 41.

<sup>36</sup> LASARTE, CARLOS. "Propiedad privada e intervencionismo administrativo", antes cit. pag. 153.

en donde la disciplina codificada del derecho de propiedad se redimensiona adquiriendo una nueva forma de ser entendida. De esta manera, la ponderación de los aspectos sociales correspondientes al tiempo de aplicación de la normativa dominical codificada, introduce un factor con cuyo empleo es posible adecuarla a las nuevas circunstancias surgidas con posterioridad a su formación.

Esta solución interpretativa podría aumentar la discrecionalidad judicial poniendo, de este modo, en peligro la mínima certeza del Derecho que en todo caso resulta aconsejable. Amparándose en la realidad social, el Juez gozaría de un amplio margen de apreciación que posiblemente podría suponer una lesión de la garantía de la seguridad jurídica.<sup>37</sup> Por esta y otras razones, se suele indicar que es conveniente que las condiciones sociales a tener en consideración encuentren reconocimiento -al menos indirecto o en germen- en la ley.<sup>38</sup>

No obstante, en el caso de la interpretación de la disciplina codificada de la propiedad privada no se plantean problemas de compleja resolución. El ámbito sobre el que se proyecta la aplicación del Art. 348 Cc. no es un simple sustrato social que tenga únicamente existencia fáctica, por no haber sido todavía recogida normativamente. Por el contrario, la realidad social vigente en la actualidad no sólo se ha recibido normativamente, sino que ha sido asumida por la norma de mayor rango de nuestro ordenamiento: la Constitución. Esta proclama que España es un Estado Social Democrático y de Derecho (Art. 1.1 CE).

Es así como el problema de la interpretación del Art. 348 Cc. de acuerdo con la

---

<sup>37</sup> LIPARI, NICOLO. "L'interpretazione giuridica", en "Il Diritto Privato nella società moderna". Saggi a cura di Stefano Rodotà. Ed. Il Mulino, Bologna 1971, pags. 120 y 121.

<sup>38</sup> Por alusión a DEgni, Vid. PEREZ ALVAREZ, MIGUEL ANGEL. "Interpretación y Jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil", antes cit. pag. 42, en concreto nota 83. Igualmente, del mismo autor, "Realidad social y jurisprudencia", antes cit. pags. 31 y 32.

realidad social en que ha de ser aplicado, se transforma en el problema de su interpretación conforme a la Constitución.

La Constitución, como Norma Suprema del ordenamiento jurídico, despliega su eficacia en una triple dirección.

Por un lado, goza de fuerza derogatoria inmediata respecto a las disposiciones anteriores a su vigencia que contradigan sus dictados. (Disposición Derogatoria aptdo. 3º CE).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional se encuentra legitimado, siempre que haya sido requerido para ello, para declarar la inconstitucionalidad y expulsar del ordenamiento aquellos preceptos posteriores a la vigencia de la Constitución que sean en todo caso incompatibles con la misma.

Finalmente, y esto es lo que ahora nos interesa, la Constitución proyecta su influencia de manera constante sobre la totalidad del ordenamiento. Los valores y principios constitucionales están dotados de una fuerza expansiva que les permite irradiar su eficacia prescriptiva conformadora y su función interpretativa hacia todos los sectores del sistema jurídico, propagando así la aplicación de los preceptos concordantes y restringiendo la de los discordantes.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Brevemente, en torno a la fuerza expansiva de las disposiciones constitucionales y su incidencia en el ámbito de las relaciones jurídico privadas, NICOLÒ, ROSARIO. Voz "Diritto Civile", en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, Ed. Giuffrè, Milano 1964, pag. 909. RODOTA, STEFANO. "Introduzione", antes cit. pags. 25 y 26. Idem. "Proprietà. Diritto Vigente", cit. pag. 130. Sobre la potencialidad informadora de los valores, principios y preceptos constitucionales, en concreto sobre el ordenamiento Civil, HERNANDEZ-GIL Y ALVAREZ-CIENFUEGOS, ANTONIO. "La propiedad en el ordenamiento constitucional", antes cit. pag. 7. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS. "El Derecho Civil a finales del Siglo XX", antes cit. pag. 84 y 85.

Nuestra Norma Fundamental suministra los parámetros y directrices esenciales en orden a los cuales ha de deducirse el sentido de los restantes preceptos que componen el ordenamiento. Todos y cada uno de ellos han de ser interpretados de conformidad con la Constitución.<sup>40</sup> Tal y como señala el Tribunal Constitucional en STC 253/88 de 20 de Diciembre (Fto. Jco. 4º), *"esta interpretación conforme a la Constitución debe efectuarse por igual [...] tanto respecto las normas posteriores a la Constitución como en relación con las preconstitucionales ..."*.

Teniendo en consideración la naturaleza preconstitucional del Art. 348 Cc., nos interesa ahora particularmente analizar la interpretación conforme a la Constitución de las normas actualmente vigentes, pero promulgadas con anterioridad a 1978.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Se trata del denominado por la doctrina principio de interpretación conforme a la Constitución. Para un estudio más amplio sobre este tema, Vid. entre otros autores: HESSE, KONRAD. "Escritos de Derecho Constitucional", cit. pags. 53 y ss. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO/FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON. "Curso de Derecho Administrativo", Vol. I, antes cit. pags. 126 y ss. ALONSO GARCIA, ENRIQUE. "La interpretación de la Constitución". Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, pag. 77. CANOSA USERA, RAUL. "Interpretación constitucional y fórmula política", antes cit. pag. 195. Haciéndose eco de esta doctrina el Tribunal Supremo ha acudido frecuentemente en sus resoluciones al principio de "interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico". Entre otras, SSTs 15 Diciembre 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 8107), 18 Mayo 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 5532), 15 Julio 1988 (Civil) Fto. Dcho. 9º (RJA 5722), 22 Marzo 1989 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 5525), 3 Julio 1989 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 5551), 29 Enero 1990 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 356), 12 Marzo 1990 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 1959), 30 Abril 1990 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 3626), 30 Enero 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 614), 4 Octubre 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 6º (RJA 7848), 12 Febrero 1992 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 2820), 25 Febrero 1992 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 1º (RJA 2974), 22 Septiembre 1992 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 6974).

<sup>41</sup> Respecto a esta cuestión se ha manifestado el Tribunal Supremo, cuando al abordar el problema de la interpretación conforme a la Constitución afirma que este principio *"naturalmente opera con una peculiar intensidad respecto de las normas preconstitucionales al recibir apoyo de la disposición derogatoria tres de la Constitución"*. Sobre esta cuestión STS. 12 de Febrero de 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 948). Igualmente y con anterioridad, STS 14 de Marzo de 1988 (RJA 2164), 18 de Julio de 1988 (RJA 6082), 13 de Julio de 1990 (RJA 6034).



En estos supuestos, la tarea interpretativa desempeña una función integradora<sup>42</sup> de las disposiciones preconstitucionales. La Constitución actúa como fuerza disolvente y transformadora de las clásicas y tradicionales instituciones jurídicas<sup>43</sup>, las cuales han de ser integradas en su contexto. Desde la perspectiva constitucional, lo que se persigue es hacer penetrar en las normas antiguas que se tratan de aplicar, el espíritu que preside e informa la elaboración de las nuevas disposiciones legislativas.<sup>44</sup> De esta manera, se logra dotar a las tradicionales instituciones de un nuevo sentido, acorde con los principios y valores que inspiran nuestra Norma Fundamental y, por extensión, la totalidad del vigente ordenamiento jurídico.

De ahí que el Tribunal Constitucional haga suya la máxima propuesta por la jurisprudencia constitucional y la doctrina alemana, consistente en afirmar que la eficacia derogatoria de la Constitución no rige en aquellos supuestos en que una norma sea susceptible de ser reconducida por vía interpretativa integradora al marco constitucional.<sup>45</sup> En este orden

---

<sup>42</sup> En sentido similar el Tribunal Constitucional en la ya anteriormente citada STC 253/88 de 20 de Diciembre (Fto. Jco. 4º) califica la operación de acomodación al Texto Constitucional de todas las normas, y especialmente las preconstitucionales, como de "interpretación integradora".

<sup>43</sup> PERLINGIERI, PIETRO. "Por un Derecho Civil Constitucional español", antes cit. pags. 4 y 14.

<sup>44</sup> NATOLI, UGO. "La proprietà. Appunti delle lezioni", antes cit. pags. 26 y 27. PEREZ ALVAREZ, MIGUEL ANGEL. "Interpretación y Jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil", antes cit. pag. 42.

<sup>45</sup> Entre otras destacan las Sentencias del Tribunal Constitucional: 4/1981 de 2 de Febrero (Fto. Jco. 1º), 9/1981 de 31 de Marzo (Fto. Jco. 3º), 10/1981 de 6 de Abril (Fto. Jco. 7º), 29/1981 de 24 de Julio (Fto. Jco. 7º), 31/1982 de 3 de Junio (Fto. Jco. 3º), 8/1983 de 18 de Febrero (Fto. Jco. 3º), 93/1984 de 16 de Octubre (Ftos. Jcos. 1º y 2º) y 115/1987 de 7 de Julio (Fto. Jco. 1º). Vid. también SSTs. 15 Octubre 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 5688) y 28 Febrero 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 1490). Se trata de una línea jurisprudencial importada de la doctrina y jurisprudencia alemanas. Así, para HESSE, KONRAD. "Escritos de Derecho Constitucional", antes cit. pag. 53. "según el principio de interpretación conforme a la Constitución, una ley no ha de ser declarada nula cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución." De la misma manera reconoce STERN, KLAUS. "Derecho del Estado de la República Federal Alemana", antes cit. pag. 218. que "las normas que sean incompatibles con la Constitución tienen que ser declaradas nulas e

de cosas, el Derecho procedente de tiempo anterior mantendrá su vigencia cuando su sentido pueda ser integrado y adaptado a la nueva situación constitucional.

Así pues, en el contenido del principio de interpretación conforme a la Constitución encontramos la razón en base a la que se explica el mantenimiento de la vigencia de la disciplina codificada del derecho de propiedad. El Art. 348 Cc. permanece vigente, porque de su letra se puede extraer un sentido que es en todo momento compatible con los principios y el espíritu que inspira nuestra Norma Fundamental.

Se trata de recuperar y aplicar ahora la máxima formulada por SALEILLES cuando se planteaba la revisión del Código Civil francés: "Por el Código Civil, pero más allá del Código Civil".<sup>46</sup> Quiere ello decir que, aunque resulte generalmente admitido que el Código Civil está en crisis al haber sido destronado por la Constitución en su cualidad de norma suprema de las relaciones jurídico-privadas y al haberse visto también desbordado y parcialmente desinformado, el Art. 348 Cc. será solamente un fósil jurídico, una reliquia del pasado totalmente inservible cuando sea examinado desde el punto de vista de las ya superadas clásicas y tradicionales doctrinas dominicales inherentes a la ideología liberal burguesa que lo vio nacer e inspiró la forma de comprender su significado durante largos años.

---

ineficaces". Acerca de la doctrina del Tribunal Federal Alemán sobre el tema Vid. las amplias referencias jurisprudenciales facilitadas por los dos autores citados. Una abreviada referencia a la doctrina jurisprudencial alemana sobre la interpretación de las normas conforme a la Constitución la aportan GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO/ FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON. "Curso de Derecho Administrativo", Vol I, antes cit. pag. 126. Ya con anterioridad, GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. "La Constitución como norma jurídica", en AA.VV. "La Constitución española de 1978. Estudios sistemático dirigido por los Profs. Alberto Predieri y E. Garcia de Enterría. Ed. Cívitas, Madrid 1984, pags. 136 y 137.

<sup>46</sup> Recogida por ROUAST, ANDRE "L'évolution du droit de propriété", lectura recopilada por MAZEAUD, HENRI/LEON/JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", Parte II, Vol IV, antes cit. pag. 29. Igualmente en la doctrina española la máxima aparece tomada también por HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "En defensa del Código Civil", antes cit. pag. 783.

Por esta razón, es misión del jurista -tanto en general, como en particular respecto a la propiedad privada- estar atento a los cambios jurídicos, políticos, económicos, sociales, etc. para amoldar sus planteamientos a ellos, en lugar de aferrarse a ideas y concepciones de otra época.<sup>47</sup>

Tan solo de este modo se puede convertir a la disciplina codificada de la propiedad privada, nacida bajo los auspicios del liberalismo individualista, en un régimen perfectamente aplicable en las estructuras del mundo jurídico contemporáneo, de clara inspiración social y comunitaria.

La posibilidad de adaptar y adecuar el régimen dominical codificado a la nueva realidad social, política y económica que toma cuerpo normativo en nuestra Norma Fundamental obedece esencialmente al alarde de habilidad legislativa que se percibe en la redacción del Art. 348 Cc.

El legislador de 1889, no sabríamos precisar si consciente o inconscientemente, recurrió a un tipo de técnica legislativa muy parecido al utilizado para redactar la mayor parte de las cartas constitucionales modernas del mundo occidental que se caracterizan por ser normas abiertas y abstractas.<sup>48</sup> Este carácter abierto de las disposiciones constitucionales facilita su adaptabilidad a los constantes cambios de la realidad, porque en vía interpretativa es posible obtener de ellos un sentido que sea adecuado a la nueva situación, sin necesidad

---

<sup>47</sup> BALLARIN MARCIAL, ALBERTO. "Del Derecho Agrario al Derecho Agroalimentario", antes cit. pag. 155. MARTIN BALLESTERO, LUIS. "La acción negatoria", antes cit. pags. 14 y 15.

<sup>48</sup> Sobre las ventajas de la configuración de las Constituciones como normas de carácter abierto en orden a su adaptabilidad a la cambiante realidad HESSE, KONRAD. "Escritos de Derecho Constitucional", antes cit. pag. 19. CANOSA USERA, RAUL. "Algunos aspectos problemáticos en la interpretación de la Constitución española", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 15. Monográfico, "Diez años de desarrollo constitucional". Estudios en homenaje al Prof. Sanchez Agesta, Madrid 1989, pags. 267 a 270.

de proceder a su reforma.

Algo similar es lo que acontece con el Art. 348 del Código Civil, cuya amplia y abstracta redacción le permite adecuar su sentido a la cambiante realidad social sobre la que ha de proyectar su aplicación, sin ni siquiera modificar una de sus palabras.

No cabe duda que si el legislador de 1889 hubiese dotado al Art. 348 Cc. de una redacción más concreta, específica y acabada, aparecerían graves dificultades a la hora de adecuar su sentido a la cambiante realidad y es muy posible que ya hubiera sido derogado o, por lo menos, modificado en su redacción original.<sup>49</sup>

Por esta razón, podemos afirmar que es precisamente la habilidad con la que se redacta el Art. 348 Cc., su carácter inacabado y abierto lo que le dota de una gran capacidad de adaptación a los cambios,<sup>50</sup> al mostrarse como un marco susceptible de ser rellenado en cada momento histórico de una manera distinta.<sup>51</sup>

Es decir, la dicción literal del Art. 348 Cc. ha permanecido intacta desde el momento

---

<sup>49</sup> En este entendimiento señala HERNANDEZ GIL ("En defensa del Código Civil", cit. pag. 779) que "si el Código hubiese sido más fiel, más concreto y acabado exponente de la época en que vio la luz, hubiera nacido más joven, más del color de las circunstancias. Pero estoy seguro de que hoy, al cabo de sesenta años, le encontraríamos todavía más viejo". Ya con anterioridad se había defendido en nuestra doctrina la redacción del Art. 348 Cc. y el acierto en su elaboración del legislador de 1889, concretamente ESCRIBANO, TEOFILO. "La propiedad y el artículo 348 del Código Civil español", antes cit. pags. 69 y 70.

<sup>50</sup> DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pag. 127.

<sup>51</sup> Al respecto LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada." antes cit. pag. 149. DIEZ-PICAZO, LUIS y GULLON BALLESTEROS, ANTONIO. "Sistema de Derecho Civil", Vol. III. antes cit. pag. 154.

de su redacción, pero la forma de entender e interpretar su sentido ha cambiado<sup>52</sup>, debiendo ahora hacerse de una manera acorde con la realidad constitucional vigente en el actual Estado de Bienestar.

Las mutaciones políticas, sociales y económicas que han encontrado acomodo en nuestra vigente Constitución, no han modificado la letra del régimen codificado del derecho de propiedad, que permanece inalterable. Sin embargo, lo que sí ha cambiado son las diversas lecturas e interpretaciones que han de otorgarse a su literalidad en el nuevo contexto jurídico social en que debe ser aplicado.<sup>53</sup>

Un ejemplo del carácter abierto e inacabado del Art. 348 lo constituye la expresión "sin más limitaciones que las establecidas en las leyes", cuya indeterminación tolera que, en el marco del ordenamiento jurídico actual, se atribuya a esta locución un sentido radicalmente distinto de aquel con el que fue inicialmente concebida.

En el ambiente liberal en que nace el Código Civil español, la propiedad representa una

---

<sup>52</sup> Coinciden en manifestar que aunque la letra del Art. 348 ha permanecido invariable desde el momento de su redacción, el sentido que ha de otorgarse a esas palabras inalteradas ha variado con el paso del tiempo, GARRIDO FALLA, FERNANDO. "El régimen administrativo de la propiedad privada", antes cit. pag. 458. Idem. "Comentarios a la Constitución" (Art. 33). Ed. Cívitas, Madrid 1985, pag. 694. Igualmente del mismo autor "Tratado de Derecho Administrativo", Vol I, cit. pag. 287. Analogamente PERLINGIERI, PIETRO. "Por un Derecho Civil Constitucional español", antes cit. pag. 15, donde destaca en un sentido general que "las instituciones continúan nominalmente siendo las mismas, pero funcional y teleológicamente son diferentes". MARTIN BALLESTERO COSTEA, LUIS. "La obligación de hacer en las fincas rústicas", antes cit. pag. 543. MORENO QUESADA, BERNARDO. "Sentido social en la transformación de las Instituciones Civiles". Publicaciones de la Escuela Social, Granada 1958, pags. 8 y ss. MORENO QUESADA, RAFAEL. "La mejora de los bienes. Supuestos generales y teoría general", antes cit. pag. 118.

<sup>53</sup> MANGIAMELI afirma que " los cambios de aspecto económico, político e histórico que han seguido a la elaboración de la Constitución, no han modificado el contenido de esta noción (se refiere a la propiedad) sino que solamente han influido sobre sus modalidades de ejercicio. Vid. MANGIAMELI, STELIO. "La proprietà privata nella Costituzione", antes cit. pag. 94.

esfera intangible de libertad reservada al ciudadano y, en consecuencia, toda restricción al ejercicio de los poderes dominicales del propietario, ya provenga de otros particulares o de los poderes públicos, es considerada negativamente.

Se entiende que los límites al derecho de propiedad contrastan con los intereses privados de sus titulares, ya que potencialmente podrían constituir una vulneración de la innata e ilimitada libertad civil tan proclamada por el individualismo jurídico. Por consiguiente, las limitaciones son vistas como raras y aisladas excepciones al principio fundamental de libertad que se reconoce al propietario en el ejercicio de su derecho.

Desde este punto de vista, se procede a una interpretación restrictiva del sentido de la expresión "sin más limitaciones que las establecidas en las leyes". Debido a su carácter excepcional, las únicas limitaciones que se consienten son aquellas que vengan impuestas directamente por una ley.

En línea general y de principio, las limitaciones que establecen las leyes son las estrictamente imprescindibles para lograr la coexistencia pacífica de los distintos derechos dominicales. Estas son instituídas, por tanto, en beneficio de la misma propiedad y responden exclusivamente a los intereses privados de otros propietarios.

Sin embargo, la locución acuñada por el Art. 348 Cc. a la que nos venimos refiriendo adquiere, en el Estado del Bienestar, un nuevo sentido.

Como consecuencia de la recepción a nivel constitucional del principio de la función social se pone el acento en la dimensión social del derecho de propiedad, que prevalece, ahora, sobre la perspectiva individualista.

Como nos enseña GALGANO, "la propuesta redefinición de la propiedad, que incluye la función social como un elemento del derecho, tiene este valor: cada norma legal que limite las facultades del propietario, que imponga condiciones al ejercicio de estas facultades o que imponga obligaciones al propietario, no puede ser considerada como una excepción a la *assolutezza* del derecho de propiedad, sino una expresión de la función social de este derecho."<sup>54</sup>

Por consiguiente, en este contexto, los límites dominicales ya no pueden ser considerados como excepciones aisladas que responden únicamente al respeto de los derechos ajenos. En el seno del Estado del Bienestar, la propiedad ha adquirido una nueva dimensión social que supone una transformación en la manera tradicional de entender sus limitaciones, las cuales ya no pueden ser vistas como simples cortapisas aisladas y excepcionales, sino como partes constitutivas del contenido normal del derecho dominical. Por lo tanto, en el Estado Social, la limitabilidad del derecho de propiedad se ha transformado en una regla general, constitucionalmente reconocida.

Desde esta nueva dimensión social, la interpretación restrictiva defendida por el orden liberal de la expresión "sin más limitaciones que las establecidas en las leyes", deviene ahora inadmisibile.

La concepción individualista con que esta locución fue inicialmente concebida ha sido totalmente superada. La propiedad codificada es entendida ahora como el derecho de gozar y disponer de una cosa, pero modalizado normalmente en su ejercicio por las limitaciones legislativas que concretan las exigencias del principio constitucional de la función social.

---

<sup>54</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Immagini della proprietà", antes cit. pags. 818 y 819. Idem "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", antes cit. pag. 152.

Por consiguiente, el último inciso del Art. 348 Cc. ha de adquirir en el seno del vigente ordenamiento un sentido más laxo en el que tengan cabida no sólo los límites establecidos para garantizar la coexistencia de los distintos derechos de propiedad, sino también los instituidos en beneficio de los intereses supraindividuales de la colectividad social, con la finalidad de asegurar su compatibilidad con el interés personal del propietario.

Aún bajo el imperio constitucional de la función social, la propiedad sigue siendo, tal y como dice el Código Civil, el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

Ahora bien, en las limitaciones legales a las que alude el Art. 348 ya no tienen cabida únicamente las establecidas a título excepcional para garantizar la coexistencia pacífica de los distintos derechos de propiedad, sino también las normalmente impuestas por razón del interés social de la colectividad.<sup>55</sup>

En definitiva, desde esta reinterpretación del sentido que ha de otorgarse a la expresión "sin más limitaciones que la establecidas en las leyes" se logra convertir al Art. 348 en un precepto perfectamente compatible con la vigente Constitución. De ahí que comunmente la doctrina se haya referido a la citada locución como una "puerta abierta" dejada por el legislador y por la que han ido penetrando las nuevas orientaciones sociales que son recibidas en la vigente Constitución.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Analogamente y para las limitaciones que instrumentalizan la función social de la propiedad privada en el marco del derecho urbanístico STS. 7 Abril 1983 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 2082) y ST AP Madrid 6 Febrero 1993 Fto. Dcho. 11º (R.A.Civ. 141).

<sup>56</sup> MARTIN BALLESTERO COSTEA, LUIS. "La obligación de hacer en las fincas rústicas", antes cit. pag. 543. MORENO QUESADA, BERNARDO. "Sentido social en la transformación de las instituciones civiles", antes cit. pags. 8 y ss. MORENO QUESADA, RAFAEL. "La mejora de los bienes. Supuestos generales y teoría general", cit. pag. 118.



Consiguientemente, la disciplina dominical contenida en el Código Civil y en la Constitución para nada resultan discordantes. En ambos casos la propiedad privada se muestra como un derecho individual cuya titularidad se sigue atribuyendo al sujeto privado, pero cuyo ejercicio se encuentra atemperado y modulado por la efectiva realización del interés social de la colectividad.

Este es el momento de reconstruir el sentido de la locución "duplicidad de caras", en un principio utilizada para referirnos a la contraposición entre el carácter individualístico del régimen codificado y el talante social de la disciplina constitucional de la propiedad privada.

Con la "duplicidad de caras" del régimen jurídico dominical ya no podemos referirnos al contraste entre concepción individualista y social. Como consecuencia de la recepción a nivel constitucional del principio de la función social, la dimensión individualista de la propiedad privada ha desaparecido para ceder el paso a la individual.

La propiedad individualista, en la que se satisfacen egoísticamente los intereses personales de su titular, deja de ser tal para transformarse en propiedad individual, cuando su ejercicio aparece templado y modalizado por los intereses sociales de la colectividad. En la actualidad la propiedad es un derecho individual pero no individualista, ya que de lo contrario nos hallaríamos ante una frontal oposición con la Constitución.

Debido a la reinterpretación del Art. 348 Cc. a la luz de nuestra Norma Fundamental, en su seno son recibidas tanto la dimensión social como individual de la propiedad privada. Es decir, en el Código Civil se muestran ahora las dos caras de una misma moneda. Por un lado, la propiedad como derecho individual dirigido a la satisfacción de las necesidades personales de su titular, y por otro lado su vinculación al principio de solidaridad social, vía

la expresión "sin más limitaciones que las establecidas en las leyes", para evitar el retorno a las concepciones individualistas y egoístas propias del orden liberal.

Por este motivo, podemos concluir que en el Código Civil dimensión social e individual del derecho de propiedad privada conviven armónicamente de igual forma que lo hacen en el marco de la disciplina constitucional.

Consecuentemente, estamos de acuerdo con C. LASARTE al entender que en nuestro Derecho (codificado o constitucional) coexisten y subsisten dos concepciones de propiedad, individual y social, que en ningún caso deben ser calificadas en relación antinómica, sino complementaria.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> LASARTE, CARLOS. "Propiedad privada e intervencionismo administrativo", antes cit. pag. 151.

## **CAPITULO QUINTO**

### **FUNCION SOCIAL Y RESERVA DE LEY EN MATERIA DE PROPIEDAD PRIVADA**

## I. OPERATIVIDAD DE LA FUNCION SOCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

### 1. LA MEDIACION LEGISLATIVA COMO CONDICION GENERAL DE LA OPERATIVIDAD DE LA FUNCION SOCIAL.

Uno de los aspectos que ha preocupado a la doctrina que se ha interesado en el análisis de la función social del derecho de propiedad, ha sido la forma en que tal concepto actúa y se hace operativo.

Lo que se trata de determinar es si la función social, al estar contemplada en la Constitución, actúa *per se* y puede, por tanto, ser invocada directamente por el juez en el seno de un proceso, o si por el contrario es *conditio sine qua non* de su operatividad la previa existencia de una ley que determine su forma de actuación para cada caso concreto.<sup>1</sup>

Siguiendo el ejemplo de otros textos constitucionales, es esta última posibilidad por la que ha optado el constituyente español de 1978.<sup>2</sup> De los preceptos que nuestra Norma Fundamental dedica a disciplinar el régimen constitucional de la propiedad privada, parece deducirse la exigencia del intermedio legislativo como condición de la operatividad de la función social.

---

<sup>1</sup> Al respecto estima COSTANTINO, MICHELE ("Propietarios y sujetos interesados en el uso social de los bienes"), antes cit. pag. 236) que "la operatividad de la función social se resuelve en la disyuntiva ley-juez." Igualmente MARIN PEREZ, PASCUAL. ("Derecho Civil". Vol. III, antes cit. pag. 80) considera que "el verdadero problema de la propiedad consiste en determinar como actúa en concreto la función social. Las actuales tendencias se reducen las posibles soluciones a la alternativa entre la ley y el juez."

<sup>2</sup> Basta con observar la dicción literal de los ya anteriormente citados artículos 42 de la Constitución italiana de 1948 y 14 de la *Bonner Grundgesetz* de 1949. El primero de ellos afirma que "se reconoce la propiedad privada y la garantiza la ley, la cual determina los modos de adquirirla y disfrutarla y sus límites con la finalidad de asegurar su función social y hacerla accesible a todos". Por su parte, el Art. 14 GG. prescribe que el contenido y límites de la propiedad privada vienen establecidos por las leyes.

Así, el Art. 53.1 CE dispone que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades contenidos en el Capítulo II del Título I, en donde se incluye el derecho de propiedad. La genérica reserva de ley que contempla el Art. 53.1 CE es concretada en materia dominical por el Art. 33.2 CE, cuando prescribe que "la función social delimitará el contenido de estos derechos (se refiere a la propiedad privada y la herencia) de acuerdo con las leyes".

De la dicción de ambos preceptos, se puede llegar a pensar que la referencia que el Art. 33.2 realiza a la ley es inútil, ya que se lograría el mismo efecto (exigir una ley para regular las condiciones del ejercicio del derecho de propiedad) con la invocación de la reserva contenida en el Art. 53.1 CE.

No obstante, la remisión que a la ley efectúa el Art. 33.2 CE no puede ser calificada de reiterativa o inútil, porque su existencia responde a la intención de nuestro último constituyente de dejar suficientemente claro que para la delimitación del contenido del derecho de propiedad y la regulación de las condiciones de su ejercicio es necesario acudir al legislador.<sup>3</sup> Necesidad que se mostraba ya en algunas leyes preconstitucionales que recogían en su seno la mención a la función social del derecho de propiedad privada. A título meramente ejemplificativo se podrían citar la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1954 y el Reglamento que la desarrolla de 24 de Abril de 1957, la Ley del

---

<sup>3</sup> Para el Tribunal Supremo (ST 5 Marzo 1991 (Civil) Fto. Dcho. 20º RJA 1718) la exigencia constitucional de que la delimitación del contenido del derecho de propiedad por obra de la función social haya de efectuarse "de acuerdo con las leyes" "supone que el legislador constitucional ha declinado en el legislador ordinario el establecimiento de ese régimen a través de las Leyes de regulación de cada tipo de propiedad, consecuencia de lo cual es que tal principio rector sólo pueda ser invocado a través de las leyes en que el mismo se encarna, sin que baste una alegación genérica a los preceptos constitucionales del Art. 33".

Suelo 12 de Mayo de 1956 y su sucesora de 9 de Abril 1976.<sup>4</sup>

La regulación de la expropiación sanción por incumplimiento de la función social contenida en la Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento, es una clara muestra de que la operatividad de la función social se halla subordinada a la existencia de una previa ley que concrete sus exigencias.

El Art. 71 LEF dispone que existirá causa de interés social para la expropiación forzosa [...] cuando se haya declarado expresamente por una ley la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen en el sentido positivo de una determinada función social y el propietario incumpla esta directiva,<sup>5</sup> de lo que se extrae la consecuencia de que

---

<sup>4</sup> Vid. Arts. 71 y ss. de la Ley de Expropiación Forzosa, Arts. 61 y 70 de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana de 1956 (BOE. 14 de Mayo de 1956, núm. 135) y sus homónimos Arts. 76 y 87 de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana 1346/1976 de 9 de Abril (BOE 16 y 17 de Junio, núms. 14 y 145)

<sup>5</sup> En virtud del Art. 72 LEF, son requisitos esenciales para la aplicación de este supuesto: 1º. La declaración positiva de que un determinado bien o categoría de bienes deben sufrir determinadas transformaciones o ser utilizados de manera específica. 2º. Que dicha declaración sea formulada por Ley o por Decreto acordado en Consejo de Ministros. 3º Que la Ley contenga inequívocamente la intimación de expropiación forzosa frente al incumplimiento, 4º Que para la realización de esta específica función señalada se haya fijado un plazo y a su vencimiento aquella función resultare total o sustancialmente incumplida por el propietario. La alusión que el párrafo 2º del Art. 72 efectúa al Decreto Ley no es sintomática de una mayor inmediatez en la operatividad de la función social. Ha de ser tenido en cuenta que la figura del Decreto Ley sólo obra para situaciones concretas, que se caracterizan por su extraordinaria y urgente necesidad, necesitando además ser convalidado por el Parlamento y luego convertido en Ley. Por lo tanto, su campo de actuación se reduce a los ámbitos que queden reservados a la ley. Por consiguiente, y siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en STC 111/1983 de 2 de Diciembre (Fto. Jco. 8º), desde la perspectiva constitucional, será perfectamente legítima la existencia de un Decreto ley que incida sobre situaciones propietarias, siempre y cuando no invada el ámbito reservado a la ley, pretendiendo regular el régimen jurídico general del derecho de propiedad, es decir, los elementos configuradores de la materia. Sobre esta cuestión, a contrario, BALLARIN estima que la alusión al Decreto Ley "parece contradictoria con la declaración previa, en el artículo 71, de que sólo una Ley puede señalar la oportunidad de que un bien o categoría de bienes se utilicen en un sentido positivo de una determinada función social y el propietario incumpla ésta". El citado autor va más allá, al decir que "si tenemos en cuenta la reserva de ley formulada por el artículo 33.2 de la CE para delimitar el contenido de la función social, podemos concluir la inconstitucionalidad de que baste a tal fin un Decreto del Consejo de Ministros". Vid. BALLARIN MARCIAL, ANTONIO. "La función social del suelo rústico y la propiedad

constituye la *causa expropriandi* el incumplimiento de la función social. Ahora bien, ese incumplimiento se aprecia en virtud de una expresa previsión legislativa que concreta las exigencias del principio general de la función social para el caso específico, determinando la manera en que ha de ejercitarse el derecho de propiedad sobre ciertas categorías de bienes. Únicamente cuando el propietario utilizase de sus bienes en una forma contraria a la establecida legislativamente, se entenderá incumplida la función social y concurrirá causa suficiente para la puesta en marcha del procedimiento expropiatorio.

Por lo tanto, en esta materia, la efectividad de la función social, tanto en sentido positivo como negativo, está subordinada a su previa determinación legislativa. En sentido positivo, porque es una ley la que declara expresamente la oportunidad de que un bien o una clase de bienes se utilicen de conformidad con la función social. En sentido negativo, porque del contenido de la expresa previsión legislativa depende que se desplieguen las consecuencias del incumplimiento de la función social, que se identifican con la sanción expropiatoria.

En suma, supeditar la actuación de la función social a la existencia de una ley previa que concrete su exigencias en los diferentes casos, resulta la solución más lógica y adecuada, si se tiene presente que la disciplina constitucional de la propiedad privada se asienta sobre un delicado equilibrio entre interés individual y social. La ley representa un medio óptimo para canalizar la realización del interés social de la colectividad, a la vez que, de manera simultánea, constituye también una seria garantía de los intereses privados y particulares de

---

agraria", cit. pag. 62. En sentido contrario, PERA VERDAGUER considera que el eventual problema que se pueda plantear a nivel teórico en este punto aparece resuelto por el Art. 87 del Reglamento de Expropiación Forzosa. Literalmente dice el citado autor: "es el Reglamento, en el Art. 87, el que sitúa la cuestión en los verdaderos términos pretendidos por el legislador, al afirmar que la declaración de referencia debe ser hecha mediante Ley, bien específicamente, bien por clases o categorías de bienes, supuesto este último en el cual será preciso un Decreto acordado en Consejo de Ministros para formular la declaración particular que proceda en cada caso concreto". Al respecto, Vid. PERA VERDAGUER, FRANCISCO. "Expropiación forzosa", 4ª Edición, Ed. Bosch, Madrid 1992, pag. 517.

los sujetos propietarios.<sup>6</sup>

En estas consideraciones encuentran fundamento diversas razones que desaconsejan depositar en manos de los órganos jurisdiccionales la inmediata determinación y concrección de la función social. Las conclusiones a las que en esos supuestos se llegaría no podrían ser tildadas sino de insatisfactorias.

La función social se muestra como un concepto indeterminado y abstracto, de significación poliédrica y polivalente, en cuya determinación convergen numerosos y diversos factores sociales, políticos, económicos y jurídicos.<sup>7</sup>

Debido a su excesiva indeterminación y abstracción conceptual, confiar a los jueces la concrección de la forma en la que ha de actuar la función social, supondría dotarles de un

---

<sup>6</sup> Para RODOTA ("Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 377.) la opción por la reserva de ley en el ordenamiento constitucional italiano constituye la solución que más garantiza a los particulares. Vid, igualmente del mismo autor, "Note critiche in tema di proprietà", antes cit. pags. 1283 y 1284. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", antes cit. pag. 206. "Propiedad. Diritto Vigente", antes cit. pag. 138.

<sup>7</sup> Con esta afirmación no queremos identificar a la función social con un concepto jurídico indeterminado en el sentido estricto y técnico de esta acepción, sino solamente poner de relieve que nos hallamos ante un cláusula general de notoria ambivalencia. De la misma opinión es REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", antes cit. pag. 348. En torno a la consideración de la función social como un concepto indeterminado de significado polivalente, Vid., entre otros, IANNELLI, ANTONIO. "La proprietà costituzionale", antes cit. pags. 186 y 187. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 277. BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit. pag. 257. LASARTE, CARLOS. "Propiedad privada e intervencionismo administrativo", cit. pags. 146 y ss. PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo III, Art. 33, antes cit. pag. 419. DIEZ PICAZO, LUIS. "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad en la Constitución", antes cit. pag. 1266. Por otra parte, podría resultar extrapolable al ámbito de la función social, la calificación otorgada por el Tribunal Supremo de la cláusula "interés social" (art. 33.3 CE) como "concepto indeterminado pero jurídicamente determinable a través de las circunstancias concretas que lo rodean y concurren en el caso concreto en que se apliquen". A este respecto SSTs. 9 Diciembre 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 1023) y 29 Enero 1992 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 5º (RJA 2239).



margen de apreciación que excedería de la relativa y normal libertad requerida para proceder a una correcta aplicación e interpretación de las normas jurídicas.

Esta amplia libertad podría provocar, por una parte, que los órganos jurisdiccionales asumiesen funciones que no les son propias, constituyendo, de esta manera, un serio riesgo de alteración del esquema de división de poderes establecido en la Constitución. Por otra parte, la seguridad jurídica y la certeza del Derecho podrían verse seriamente dañadas.

Comenzamos por referirnos a la primera de las posibilidades apuntadas. Si se depositase en manos de los jueces la determinación directa de las exigencias derivadas del principio constitucional de la función social, se podría producir una alteración del esquema de división de poderes sobre el cual se asienta la estructura del Estado, toda vez que se extenderían hasta tal punto las atribuciones concedidas al poder judicial que muy posiblemente se llegaría a invadir de manera violenta un ámbito que queda reservado a la actuación del legislador. La irrupción del poder judicial tendría lugar en un triple flanco.

En primer lugar, es cierto que ha de rechazarse la teoría liberal consistente en afirmar que ejercitar la función judicial constituye únicamente una tarea de subsunción automática de la norma jurídica en el supuesto de hecho que se presenta.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Es generalmente admitido que la famosa frase de MONTESQUIEU "los jueces deben actuar como la boca muda que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar su fuerza ni su rigor", o los aforismos propuestos por BACON, según los cuales, "la mejor ley es la que deja lo menos posible al arbitrio del juez, y el mejor juez es aquel que deja lo menos posible a su arbitrio", son incorrectos si se toma su sentido literalmente, ya que deshumanizan el ejercicio de la función judicial. Sobre esta específica cuestión MONTESQUIEU. "Del espíritu de la Leyes". Trad. de M. Blázquez y P. de Vega. Ed. Tecnos, Madrid 1985, pag. 112. DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes". Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1987, pag. 290. XIFRA HERAS, JORDI. "La jurisdicción en la Constitución de 1978", en AA.VV. "El Poder Judicial", Vol III, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983, pag. 2705.

Ahora bien, la idea de limitar la libertad de la actuación judicial sigue estando vigente. Conviene resaltar con DE OTTO que las resoluciones judiciales son el resultado de una actividad jurídica de deducción lógica; mientras, las medidas legislativas son consecuencia de una actividad política desarrollada en el marco de una decisión libre.<sup>9</sup>

En este entendimiento, si se atribuyese a los jueces la determinación directa e inmediata de la operatividad de la función social, se estaría reconociendo un ámbito de libertad que finalizaría por convertir una resolución judicial en una decisión de tipo político que en condiciones normales correspondería adoptar al poder legislativo.

En segundo lugar, para concretar las exigencias de la función social es necesario evaluar correctamente múltiples y diversos factores confluientes. Las fuerzas sociales, la conciencia jurídica, las diferentes corrientes políticas, los aspectos y repercusiones económicas han de ser ponderados equilibrada y equitativamente si se persigue lograr la efectiva realización de los intereses que quedan protegidos bajo la fórmula de la función social.<sup>10</sup> Se trata, en definitiva, de circunstancias coyunturales, fácilmente cambiantes, dependientes e interrelacionadas entre sí, respecto las cuales el poder judicial carece de la suficiente capacidad de juicio y valoración.

En la base de un sistema democrático, el poder legislativo es el único sujeto idóneo

---

<sup>9</sup> DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes", antes cit. pag. 288.

<sup>10</sup> RODOTA ahonda un poco más en la cuestión al sostener que para una correcta determinación de la utilidad social, es necesario incluso tener presente la situación de equilibrio general del país, aún cuando se trate de dictar una disciplina de carácter especial. Más ampliamente y para estudiar la afirmaciones del autor italiano Vid. RODOTA, STEFANO. "Note critiche in tema di proprietà", antes cit. pag. 1284. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", antes cit. pag. 206. Idem. "Proprietà. Diritto Vigente", antes cit. pag. 138. Igualmente del mismo autor, "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 206.

para valorar adecuadamente las opciones sociales, políticas y económicas a las que queda vinculado cada derecho subjetivo de propiedad, ya que como representante de la voluntad popular ha sido llamado por la colectividad para interpretar objetivos sociales.<sup>11</sup>

No en vano, el Tribunal Constitucional en ST. 11/1981 de 8 de Abril (Fto. Jco. 7º) ha afirmado, en sede general, que *"corresponde al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones del ejercicio de los derechos que sean más restrictivas o más abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que lo impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del Art. 53.1 CE."*<sup>12</sup>

Debe entenderse, por consiguiente, que confiar a la judicatura la inmediata realización de la función social, supone imponerle artificialmente la realización de ciertas valoraciones que, debido a su inmanente naturaleza social, política o económica, quedan reservadas habitualmente al poder legislativo, en tanto que único órgano dotado de la suficiente idoneidad para practicar este tipo apreciaciones.

---

<sup>11</sup> Vid. PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo III, Art. 33, antes cit. pag. 424. COSTANTINO, MICHELE. "Sujetos interesados en el uso social de los bienes", cit. pags. 236 y 237. MARIN PEREZ, PASCUAL. "Derecho Civil", Vol III, antes cit. pags. 81 y 82. En este mismo sentido, reconoce RODOTA que la determinación de la utilidad social no puede ser responsablemente hecha sino por quien, como el legislador, goza de las más amplia posibilidad de valoración y juicio. Sobre este punto en particular RODOTA, STEFANO. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 377. "Note critiche in tema di proprietà", cit. pag. 1284. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", antes cit. pag. 206. Finalmente, "Proprietà. Diritto Vigente", antes cit. pag. 138.

<sup>12</sup> El reconocimiento del legislador como el sujeto a quien corresponde confeccionar las condiciones del ejercicio de los derechos, de una manera más laxa o estricta, en función de criterios exclusivamente políticos, constituye una consolidada línea jurisprudencial que el Tribunal Constitucional ha recogido y mantenido en otras resoluciones, Vid. a título ejemplificativo, 86/1982 de 23 de Diciembre (Fto. Jco. 1º), 38/1983 de 16 de Mayo (Fto. Jco. 6º), 6/1984 de 24 de Enero (Fto. Jco. 4º), 57/1985 de 29 de Abril (Fto. Jco. 2º), 108/1986 de 29 de Julio (Fto. Jco. 18º), 134/1987 de 21 de Julio (Fto. Jco. 7º) y 178/1989 de 2 de Noviembre (Fto. Jco. 5º).

Finalmente, el apartado 4.<sup>o</sup> del Art. 117 CE dispone que los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior [...] que les atribuye exclusivamente el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (Art. 117.3 CE).<sup>13</sup>

Es decir, el poder judicial tiene constitucionalmente la misión de aplicar, interpretar, concretar y actuar las resoluciones tomadas mediante leyes, pero en ningún caso se le permite adoptar decisiones *ex novo*, que le equipararían al legislador ordinario en su misión de crear el Derecho.

Resulta evidente que si se confiase a los órganos jurisdiccionales la concreción de la función social, en rigor éstos no estarían aplicando o interpretando Derecho, sino creándolo para cada caso específico en el que las exigencias de tipo social hayan de ser determinadas. En estos supuestos hipotéticos, al estar habilitado para delimitar el contenido de la propiedad privada, el juez crearía Derecho instituyendo y sancionando *ex novo* deberes y obligaciones, que serían impuestos a los titulares dominicales según su propia apreciación.

Por lo tanto, si se reconociese a los jueces la facultad de determinar de manera inmediata la operatividad del principio de la función social, éstos podrían llegar a invadir un campo reservado al poder legislativo, debido a que se les estaría atribuyendo simultáneamente una potestad creadora de Derecho, habida cuenta que, en todo caso, dependería de la decisión judicial la conformación jurídica del contenido dominical, esto es, la delimitación de las

---

<sup>13</sup> Analogamente, la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157 de 2 de Julio) dispone en el apartado 1.<sup>o</sup> de su Art. 2 que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales". A continuación, el apartado 2.<sup>o</sup> del mismo precepto señala que "los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior [...]".

facultades que corresponden al propietario, las limitaciones al ejercicio de tales facultades, la imposición de deberes y obligaciones, la fijación de las consecuencias de su incumplimiento, etc.

Por otra parte, y como ya se había señalado inicialmente, dejar en manos de los órganos jurisdiccionales la determinación de un concepto tan amplio como el de la función social, significaría otorgar unos vastos poderes y un amplio margen de libertad que podría conllevar un serio peligro para la seguridad jurídica,<sup>14</sup> la cual es consagrada como un principio fundamental de nuestro ordenamiento en el párrafo 3º del Art. 9 de la Constitución Española de 1978.<sup>15</sup>

En sede general, el Tribunal Supremo (STS. 30 Enero 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho 1º RJA 87) define a la seguridad jurídica como "ese esencial concepto que en la vida del derecho presupone una situación jurídicamente definida y perfilada que no debe ser vulnerada y por tanto ha de mantenerse...". Sin embargo, en otras resoluciones el propio Tribunal no duda en advertir que, si bien ello es cierto, la seguridad jurídica no puede erigirse en un valor absoluto e inmutable "porque ello daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, cuya función consiste en regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada día como instrumento de

---

<sup>14</sup> COSTANTINO, MICHELE. "Propietarios y sujetos interesados en el uso social de los bienes", antes cit. pags. 236 y 237. MARIN PEREZ, PASCUAL. "Derecho Civil". Vol. III, antes cit. pag. 81.

<sup>15</sup> Como bien reconoce LEGUINA, "La esencialidad del principio de la seguridad jurídica en el Estado de Derecho que la Constitución fundamenta fue proclamada por el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias -la 27/1981, de 20 de Julio- al declarar que viene a ser el compendio, la síntesis o el resultado de los demás principios constitucionales enunciados en el artículo 9.3 de la Constitución, en cuanto que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad... equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad". Sobre esta cuestión, LEGUINA VILLA, JESUS. "Principios generales del Derecho y Constitución", en RAP, núm. 114, Septiembre-Diciembre 1987, pag. 34.

perfeccionamiento y progreso".<sup>16</sup> Por lo tanto, si el ordenamiento jurídico ha de evolucionar adaptándose a los cambios sociales que puedan acontecer, el concepto de seguridad jurídica acuñado en un determinado estadio histórico del mismo debe también actualizarse para dar respuesta a la realidad en la que haya de ser aplicado.

A este respecto se ha dicho acertadamente que, en el ámbito de las relaciones propietarias, los presupuestos en base a los cuales se aprecia la existencia de seguridad jurídica han evolucionado al compás de los cambios acontecidos en los principios fundamentales del régimen jurídico dominical.<sup>17</sup>

Para la teoría clásica liberal, en materia de propiedad privada, la seguridad jurídica se entiende como la certidumbre del propietario en torno a que el derecho que le corresponde se traduce efectivamente en un poder subjetivo de libre disposición, a través de cuyo ejercicio encuentran plena realización sus intereses personales e individuales, y que sólo podrá ser excepcionalmente limitado, cuando así lo exiga la protección de análogos derechos.

Mientras, en el seno del actual Estado de Bienestar, la certeza del Derecho en materia dominical, se concibe como el conocimiento seguro del propietario acerca de cuáles son los

---

<sup>16</sup> SSTs. 15 Enero 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 80), 16 Enero 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 81), 19 Enero 1988 (Con-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 85), 29 Marzo 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 1738), 13 Mayo 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 3852), 17 Mayo 1988, (Cont-Adm) Fto. Dcho 4º (RJA 3895), 19 Mayo 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho 4º (RJA 3898), 20 Mayo 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 3900), 10 Junio 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 4865), 13 Junio 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 4893), 9 Septiembre 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho 4º (RJA 7006), 12 Septiembre 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho 4º (RJA 7008), 14 Septiembre 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 7009).

<sup>17</sup> Como reconoce COCO, "se debe resaltar que la certeza jurídica, en el ordenamiento actual y según las directivas constitucionales, es diversa de aquella tradicionalmente garantizada a los particulares en base a la intangibilidad del derecho de propiedad y a la obligatoriedad de los contratos". Al respecto, COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit .pag. 199.

límites, deberes y obligaciones que, como consecuencia de la realización del interés social de la colectividad, son susceptibles de ser impuestos en el ejercicio de su derecho.

Pues bien, es muy probable que esta concepción de la seguridad jurídica resulte vulnerada si se atribuye al poder judicial la determinación directa e inmediata de la operatividad de la función social de la propiedad privada. Si así fuese, se cuestionaría el derecho que tienen las partes en el proceso de poder prever de qué modo se concluirá el mismo, aunque les sea de forma desfavorable.<sup>18</sup>

Hasta ese preciso momento, los titulares dominicales se verían inmersos en un total desconocimiento respecto a factores tan esenciales como son la determinación de las facultades y poderes que les corresponden en el ejercicio de su derecho, las obligaciones y deberes de tipo social que se pueden imponer a su actividad, la consecuencia o consecuencias del incumplimiento de tales obligaciones y deberes, las conductas necesarias para lograr una realización simultánea del interés individual y social e, incluso, en base al juego de los citados intereses, la conveniencia de proyectar su actividad sobre un específico sector económico u otro.

Consecuentemente, atribuir al poder judicial la competencia para determinar la forma de operar de la función social sólo llevaría a dar la razón a quienes, en un principio, criticaron la recepción, inicialmente legislativa y posteriormente constitucional, de tal noción por considerarla una fuente de arbitrio de los jueces y la Administración, que pondría en peligro la protección consabida de los propietarios y la certidumbre misma de las relaciones jurídicas.

---

<sup>18</sup> COSTANTINO, MICHELE. "Propietarios y sujetos interesados en el uso social de los bienes", antes cit. pag. 236. Igualmente, MARIN PEREZ, PASCUAL. "Derecho Civil", Vol III, antes cit. pag. 81.

El fundamento de la crítica radica en el hecho de encuadrar a la función social en el marco de las denominadas cláusulas generales, haciéndose extensible a aquélla el temor de herir la certeza del Derecho que se imputaba a éstas últimas.<sup>19</sup>

Se entiende que la función social, como concepto indeterminado y general que es, podría convertirse en útil instrumento al servicio de concretos intereses políticos o ideológicos. Es decir, podría ser utilizada como una pantalla bajo la cual se escondiese la más absoluta discrecionalidad y arbitrariedad, ya que por medio de las llamadas abstractas a los grandes principios del Derecho, se pueden pretender legitimar y encubrir los comportamientos más injustos.<sup>20</sup>

Estas argumentaciones críticas se suelen completar afirmando que la función social es un concepto metajurídico o prejurídico,<sup>21</sup> que manifiesta una mayor virtualidad política que

---

<sup>19</sup> Este temor hacia la evasión a las cláusulas generales (*Generalklauseln*) había adquirido en la Alemania de los años treinta el carácter de trágico presentimiento. En este sentido, HANTTENHAUER, HANS. "Conceptos fundamentales del Derecho Civil", antes cit. pags. 123 y ss. En la doctrina italiana y refiriéndose expresamente al caso alemán, RESCIGNO, PIETRO. Voz "Proprietà", antes cit. pag. 275. Del mismo autor, "Per un studio sulla proprietà", antes cit. pag. 44. Ya en nuestra doctrina, DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pag. 176. Idem. Voz "Propiedad", antes cit. pag. 944.

<sup>20</sup> Tomando palabras de HERNANDEZ GIL, estima ARCE que en tanto sea mayor la generalidad y abstracción de una norma, mayor es su amplitud. Sin embargo, se añade que tal generalidad representa un serio obstáculo a la seguridad. Por este motivo, podemos afirmar que si no existiese un intermedio legislativo entre la función social y la determinación de su modo de operar, aquélla se convertiría en una cláusula excesivamente abstracta y abierta que podría llegar a encubrir comportamientos discrecionales y arbitrarios, si se tiene presente que en la determinación de las exigencias sociales derivadas de tal cláusula intervienen ideologías políticas y directrices económico-sociales del más diverso signo. En torno a las palabras de HERNANDEZ GIL, Vid. ARCE Y FLOREZ VALDES, JOAQUIN. "Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional". Ed. Cívitas, Madrid 1990, pags. 86 y 87. Ya en un marco de mayor generalidad, ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, JOSE ANTONIO. "Curso de derechos reales", antes cit. pag. 41.

<sup>21</sup> TABET, ANDREA y OTTOLENGHI, ENZO. "La proprietà", antes cit. pag. 24.



jurídica<sup>22</sup> y que, en consecuencia, se prestaría más fácilmente al debate dogmático que a la efectiva operatividad práctica.<sup>23</sup>

A nuestro juicio, y a la vista del vigente régimen constitucional dominical, los temores e inconvenientes indicados resultan infundados.

Por un lado, la función social no puede ser considerada como una regla estrictamente política, moral o de difícil encuadre en un texto jurídico, ya que al ser recibida al máximo nivel normativo que representa la Constitución, se muestra indudablemente como un auténtico concepto jurídico<sup>24</sup>, quedando, por lo que se refiere a este aspecto, la certeza del Derecho completamente a salvo.<sup>25</sup>

Por otro lado, la exigencia de una ley para regular el ejercicio del derecho de propiedad y delimitar su contenido recogida en los Arts. 53.1 y 33.2 CE, respectivamente, enerva la posibilidad de comportamientos discrecionales o arbitrarios que, en la determinación de la función social, pongan en peligro el valor fundamental de la seguridad

---

<sup>22</sup> En esta línea argumentativa considera DE MARTINO que la función social "es un concepto vago que escapa a precisas configuraciones jurídicas y responde sobre todo a ideas económicas y políticas". Vid. DE MARTINO, FRANCESCO. "Commentario dal Codice Civile", antes cit. pag. 144.

<sup>23</sup> TABEL, ANDREA y OTTOLENGHI, OTTO. Ibidem Supra. DE MARTINO, FRANCESCO. Ibidem Supra.

<sup>24</sup> Piénsese que si en realidad la función social fuese un concepto estrictamente político, moral o metajurídico se incurriría en una gran contradicción: se estaría considerando como una regla moral y no jurídica un disposición constitucional. Estos y otros razonamientos son apuntados por IANNELLI, ANTONIO ("La proprietà costituzionale", antes cit. pags. 190 y 191) para fundamentar la tesis a la que ahora nos adherimos de que la generalidad de la función social no puede ser tomada como base para argumentar su carácter de regla estrictamente política, moral o no jurídica.

<sup>25</sup> Señala NATOLI que las preocupaciones en torno a la posible destrucción de un valor tan trascendente como la certeza del Derecho carecen de sentido, porque "la referencia a la instancia social es una referencia exquisitamente jurídica". Vid. NATOLI, UGO. "La proprietà. Appunti delle lezioni", antes cit. pag. 132.

jurídica.

La reserva de ley que establece la Constitución, al impedir la operatividad y aplicación inmediata de la función social, asume un indudable valor garantístico, ya que limita al máximo la discrecionalidad de la podrían gozar los órganos jurisdiccionales, si se reconociese a éstos, y no al legislativo, la determinación de las exigencias sociales a las que en la actualidad queda vinculado el ejercicio del derecho de propiedad.<sup>26</sup>

En resumen, podemos concluir con HERNANDEZ GIL<sup>27</sup> que la función social es reconocida constitucionalmente por sí misma, pero, en línea de máxima, su operatividad y funcionalidad dependen de la previa concreción legislativa de sus exigencias para cada caso específico. Ley y función social constituyen, en nuestro ordenamiento constitucional, un binomio inescindible a la hora de delimitar el contenido y regular el ejercicio del derecho de

---

<sup>26</sup> Sobre la consideración del valor garantístico de la reserva de ley frente a los comportamientos discrecionales y arbitrarios. Vid. BALDUZZI, RENATO y SORRENTINO, FEDERICO. Voz "Riserva di legge", in *Enciclopedia del Diritto*, Ed. Giuffrè, Milano 1989, pag. 1215. En la misma línea, y ya en específica materia dominical, RUBINO, DOMENICO. "Modernas tendencias sobre los límites del derecho de propiedad en Italia", antes cit. pag. 208. COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 199. GALGANO, FRANCESCO. "Diritto Civile e Commerciale", Vol I, antes cit. pags. 330 y 331. El valor garantístico de la reserva de ley puede ser constatado cuando se observan las principales razones que llevaron a rechazar la inclusión de la función social (Art. 18 del Proyecto de la Comisión Real) en la redacción definitiva del Art. 832 del Código Civil Italiano de 1942. La inclusión del principio de la función social fue definitivamente repudiada, entre otras razones, porque la definición contenida en el Proyecto carecía de una referencia explícita a la ley para que ésta determinara las exigencias sociales a las que quedaría ligado el ejercicio del derecho de propiedad. Se consideraba, no sin razón, que la ausencia de remisión legislativa constituiría una fuente inagotable de discrecionalidad y un riesgo constante para la seguridad jurídica. Recogen estos argumentos, entre otros autores, NATOLI, UGO. "La proprietà. Appunti delle lezioni", antes cit. pag. 118. IANNELLI, ANTONIO. "La proprietà costituzionale", antes cit. pags. 186 a 189. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", cit. pag. 276. RODOTA, STEFANO. "Commentario della Costituzione (Art. 42)", antes cit. pags. 105 y 106. Idem. "Proprietà. Diritto Vigente", antes cit. pag. 131. Igualmente "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 369.

<sup>27</sup> HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "La propiedad privada y su función social en la Constitución", antes cit. pag. 15.

propiedad.

Por lo tanto, estimamos que es lo correcto pensar que la función social carece de la virtualidad para operar *per se*, no pudiendo ser invocada directamente por los jueces en el proceso sin una previa ley que determine sus exigencias (de forma más amplia o restringida) para cada categoría de bienes. Lo que sí constituye competencia judicial, y en concreto del Tribunal Constitucional, es controlar la legitimidad constitucional de las leyes que concreten la función social para cada categoría de bienes.<sup>28</sup>

## **2. FLEXIBILIZACION DE LA CONDICION GENERAL: LA FUNCION SOCIAL COMO PRINCIPIO GENERAL EN MATERIA DOMINICAL. SU INDIVIDUALIZACION FRENTE A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.**

Aunque la necesidad del intermedio legislativo constituya la regla general, consideramos que ésta no puede ser interpretada restrictivamente, en el sentido de que la función social actúe solamente como criterio legitimador de específicas intervenciones legislativas configuradoras de la situación de los propietarios particulares.

Si así se procediese, su efectividad quedaría enormemente menguada, ya que no podría desplegar ningún tipo de efecto a falta de expresa previsión legislativa. Es decir, si no existiese previa ley, la función social simplemente no actuaría y, en consecuencia, no

---

<sup>28</sup> Hacemos nuestras las palabras de RODOTA cuando afirma que "el Tribunal Constitucional ha seguido la vía formalmente correcta de considerar que la apreciación de la utilidad social es competencia del legislador, debiendo el Tribunal limitarse a controlar si la apreciación se había realizado en un cuadro legislativo tendente a conseguir una finalidad de orden social" Vid. RODOTA, STEFANO. "Commentario della Costituzione italiana", antes cit. pag. 107. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada.", antes cit. pag. 319.

repercutiría en lo más mínimo en la configuración jurídica del derecho de propiedad, el cual continuaría mostrando la misma fisonomía que le caracterizaba en pleno orden liberal. En este entendimiento, si la vigencia de una previa ley fuese imprescindible *conditio sine qua non* de la efectividad de la función social, su acción quedaría comprendida en el ámbito de las limitaciones dominicales que, a lo largo del devenir histórico y en los diferentes ordenamientos jurídicos, tenían su origen en particulares disposiciones legislativas.<sup>29</sup>

En estas hipótesis, la función social supondría solamente, a título excepcional, la imposición en el ejercicio del derecho de propiedad de ciertas limitaciones especiales, establecidas por razón del interés público y sancionadas por leyes también especiales.

Así pues, si se asumiese como correcta esa interpretación restrictiva de la regla general de la operatividad de la función social, la cualificación jurídica del derecho de propiedad en nada habría cambiado con el paso del orden liberal al Estado Social de Bienestar. Todo lo más se habría producido un incremento cuantitativo en el número de las restricciones susceptibles de ser impuestas en el ejercicio de las facultades dominicales, pero en ningún caso habría acontecido una variación cualitativa, debido a que los límites, aunque derivasen de las exigencias sociales de la colectividad, continuarían siendo raras excepciones a un poder subjetivo de libre disposición.

Además, reduciendo la operatividad de la función social a su expresa concrección

---

<sup>29</sup> PERLINGIERI, PIETRO. "Profili del Diritto Civile". Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1994, pags. 198 y 199. PUGLATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 143. COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 34. Estos dos últimos autores han resaltado, PUGLATTI en un primer momento, y posteriormente COCO, que si se reduce la efectividad de la función social a expresas previsiones legislativas, las obligaciones especiales que se impusiesen al propietario como concrección de la misma no podrían llegar a cualificar el nuevo derecho de propiedad, ya que es fácil reconocer, en los distintos ordenamientos jurídicos y en las diversas épocas, particulares disposiciones legislativas que imponen limitaciones específicas a la propiedad.

legislativa, la norma constitucional que la reconoce se convertiría en una declaración programática nada específica y vacía, toda vez que su contenido sería determinado en su totalidad por las leyes a las que aquélla se remite. Difícilmente se podría hablar de verdadera fuerza vinculante de la cláusula constitucional de la función social frente a la legislación ordinaria.<sup>30</sup>

Sin embargo, resulta unánimemente admitido y fehacientemente comprobado que, como consecuencia del advenimiento del Estado de Bienestar y el subsiguiente cambio acaecido en los principios fundamentales que rigen en materia dominical, la cualificación jurídica, la naturaleza y estructura interna del derecho de propiedad ha sufrido una intensa metamorfosis, una transformación tan profunda que impide que su estudio sea abordado desde los tradicionales y ya superados presupuestos liberales.<sup>31</sup>

La propiedad privada ya no puede ser vista como un ámbito subjetivo de libre disposición, donde los límites, ocasionales y aislados, respondan únicamente a la necesidad de conseguir una armoniosa coexistencia de todos los derechos. Como consecuencia de la recepción a nivel constitucional de la función social, los límites y obligaciones imponibles por obra de la misma se han constituido en ingredientes normales del contenido dominical y han dejado de residir en el ámbito externo del derecho para convertirse en elementos constitutivos del mismo.

Por consiguiente, la interpretación del sentido de la regla general de la reserva

---

<sup>30</sup> Ya con anterioridad a la Constitución Española de 1978, LASARTE, CARLOS. "Propiedad privada e intervencionismo administrativo", antes cit. pag. 146.

<sup>31</sup> RODOTA, STEFANO. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada" cit. pag. 325. En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en STC 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º).

legislativa ha de efectuarse de manera laxa. La operatividad de la función social no puede agotarse en expresas previsiones legislativas que concreten sus exigencias para cada supuesto específico, mediante la sanción de límites, deberes y obligaciones igualmente especiales.<sup>32</sup> Sus efectos se despliegan sobre el conjunto del estatuto jurídico de los bienes, el cual aparece ahora empapado por un espíritu socializante que dota de un nuevo sentido y carácter a la entera disciplina normativa de la propiedad privada.

Este entendimiento de la forma de actuar de la función social, es una consecuencia inmediata de su consideración como un principio de valor general en materia de propiedad privada.

La conceptualización de la función social, tras su recepción a nivel constitucional, como un principio general ha de ser matizada y manejada con prudencia, ya que nos hallamos ante una cuestión que ha suscitado no pocas críticas y debates doctrinales, en los que se han manifestado las más divergentes posturas.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Se trata de una aseveración admitida mayoritariamente por la doctrina italiana, Vid. entre otros autores, PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 278. NATOLI, UGO. "La proprietà. Appunti delle lezioni", antes cit. pag. 126. RODOTA, STEFANO. "Note critiche in tema di proprietà", antes cit. pag. 1337. Idem. "Commentario della Costituzione (Art. 42)", antes cit. pag. 185. Del mismo autor "Proprietà. Diritto Vigente", cit. pag. 140 y "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", antes cit. pags. 266 y 415. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", antes cit. pag. 185, en donde podríamos decir que se recogen literalmente las palabras de RODOTA. Igualmente, ALPA, GUIDO. "Compendio del nuovo Diritto Privato", antes cit. pag. 321. Idem. "Intervención en el Congreso de Camerino". Actas de las sesiones publicadas bajo el título "Crisi dello Stato Sociale e contenuto minimo della proprietà". Atti del convegno Camerino 27-28 Maggio 1982. Ed. Università degli Studi di Camerino, Napoli 1983, pag. 11. Debido al gran paralelismo existente con el ordenamiento italiano, la doctrina citada ha sido inicialmente introducida en España por MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pags. 191 y 192, y continuada en su desarrollo por LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 77.

<sup>33</sup> Los autores que niegan que la función social pueda ser calificada como un principio de valor operativo general, suelen recurrir a razonamientos lógicos excesivamente complejos que, en múltiples ocasiones, culminan en conclusiones que no pueden sino ser tildadas de contradictorias. Así incurren,

Calificar a la función social como un principio de valor general suscita ciertas incógnitas que es conveniente despejar en la medida que ello sea posible. Primeramente, se

al menos en una aparente contradicción aquellos autores que rechazando inicial y expresamente que la función social sea un principio general, finalizan por atribuir a la misma una efectividad que es propia de todo principio de valor operativo general. En la doctrina italiana tal es el caso de NATALINO IRTI, el cual afirma textualmente que "no parece que la función social sea un principio general de la materia (se refiere a la propiedad privada); ella puede inspirar la actividad de legislador, pero no es criterio de particulares soluciones normativas". Es decir, por un lado IRTI niega que la función social pueda ser considerada un principio general en materia de propiedad, pero inmediatamente a continuación le atribuye una operatividad que es propia de principios de esta clase. Sobre estas referencias Vid. IRTI, NATALINO. "Proprietà e impresa", antes cit. pags. 10 y 11. En similares contradicciones parecen caer TABET y OTTOLENGHI, los cuales tras mostrarse reháceos a admitir que la función social sea un principio de valor operativo general y repetir incesantemente que no es una regla estrictamente jurídica, sino excesivamente dogmática, con tendencia a una mayor cercanía al ámbito político, reconocen literalmente que "la socialidad del derecho y la función colectiva de cada bien [...] pueden solamente constituir un criterio interpretativo de las normas sobre propiedad, en el sentido que pertenecen a los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado". (TABET, ANDREA y OTTOLENGHI, ENZO. "La proprietà", antes cit. pags. 24 y 25.). A nuestro juicio, difícilmente podría asumir la función social un valor interpretativo de la normativa dominical, si no fuese en verdad un principio de valor operativo general en esta materia. En la doctrina española, ha sido DE LOS MOZOS quien, desde una posición un tanto conservadora y una casi total profesión de fe en el Código Civil, criticando la influencia italianizante, ha rechazado que la función social pueda ser un principio general del Derecho, como la buena fe o el enriquecimiento injusto. En dos obras diferentes DE LOS MOZOS hace alusión a esta cuestión reproduciendo sus palabras casi literalmente. (Vid. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", cit. pag. 176. "Voz Propiedad", cit. pag. 944.) Y decimos casi literalmente, porque entre ambos trabajos se aprecian ciertas diferencias que, en nuestra opinión, no son meramente accidentales. Así en la primera de las obras citadas se sostiene, refiriéndose a la influencia italiana, que esta "...doctrina incurre [...] en verdaderas exageraciones verbales, llegando a admitir no sólo que, por consecuencia de la función social, la propiedad comporta obligaciones para el propietario, sino considerando a aquélla como un principio general del Derecho". Mientras, en el segundo de los trabajos aludidos se refiere DE LOS MOZOS a la doctrina italiana criticando que su influencia lleva a admitir "que la función social de la propiedad comporta obligaciones para el propietario, o mucho peor aún, considerando que se trata de una cláusula general". El tono utilizado en esta segunda cita parece revestir mayor dureza, tal como presagia la utilización de la frase "mucho peor aún" que está ausente en la primera cita. Por otra parte, la diferencia más importante consiste en negar, en la primera de las obras, la conceptualización de la función social como un principio general del Derecho, mientras que en la segunda de ellas se rechaza su consideración como una cláusula general. Entendemos que la distinción es trascendente, ya que no es lo mismo hablar de principios generales del Derecho que de cláusulas, máximas o reglas generales. Aún con su mayor dureza creemos que DE LOS MOZOS ha estado más afortunado, aunque no compartimos su crítica, en su trabajo "Voz Propiedad", porque ahora falta la equiparación de la función social con los tradicionales principios generales del Derecho a los que se refiere el Título Preliminar del Código Civil. Aquí es necesario precisar que la doctrina italiana, al menos la citada por el autor, no ha identificado expresamente a la función social con un principio general del Derecho como la buena fe o el enriquecimiento injusto. Simplemente se ha referido a ella con el calificativo de principio de valor operativo general, para indicar que su operatividad no se agota en específicas previsiones legislativas que concreten su contenido para los diferentes supuestos.

ha de precisar si la función social puede equipararse y situarse en el mismo plano que los tradicionales principios generales del Derecho referidos en el Título Preliminar del Cc.,<sup>34</sup> tales como la buena fe, la diligencia de un buen padre de familia, el enriquecimiento injusto, etc. La resolución de esta cuestión nos llevará a plantearnos si la función social, al ser un principio recibido a nivel constitucional, puede incorporarse al conjunto de los denominados principios constitucionales.

El principio de la función social de la propiedad privada muestra algunas importantes peculiaridades que marcan la diferencia con los principios generales del Derecho, consagrados por la doctrina civilista tradicional. Estos últimos gozan de un carácter eminentemente técnico, debido a que su función (claro está con anterioridad a la reforma del Título Preliminar del Código Civil) era simplemente supletoria del Derecho positivo vigente.<sup>35</sup> Su existencia estaba justificada por el "horror" al vacío jurídico característico del Derecho

---

<sup>34</sup> Con la alusión a los principios generales del Derecho que han sido denominados como tradicionales, no estamos utilizando la clasificación tripartita de los mismos efectuada por DE CASTRO ("Derecho Civil de España", antes cit. pag. 423) diferenciando entre principios de Derecho Natural, principios tradicionales y principios políticos. Con la acepción de tradicionales, queremos referirnos a los principios generales que durante largo tiempo han sido extraídos del Código Civil y de la legislación ordinaria. En este mismo entendimiento, DIEZ PICAZO, LUIS. "Constitución y fuentes del Derecho", en AA.VV. "La Constitución española y las fuentes del Derecho". Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, pag. 654. Hacen referencia expresa a PICAZO, entre otros autores, GORDILLO CAÑAS, ANTONIO. "Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura desde la Constitución de la teoría de las fuentes del Derecho". Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990, pag. 82. FUENMAYOR, AMADEO DE. "Alcance del principio constitucional de igualdad", en "Estudios de Derecho Civil", Vol I. Ed. Aranzadi, Pamplona 1992, pag. 370. Publicado ya con anterioridad en ADC, Tomo 36 II, 1983, pags. 1327 y 1328.

<sup>35</sup> Ha sido DIEZ PICAZO, LUIS ("Los principios generales del Derecho en el pensamiento de Federico de Castro", ADC Tomo 36 II, 1983, pag. 1263) quien ha señalado, refiriéndose a la función que cumplían los principios generales del Derecho antes de la reforma del Título Preliminar del Cc., que de su carácter subsidiario se deducía su caracterización como instrumentos de técnica jurídica. En la misma línea PERLINGIERI, PIETRO. ("Por un Derecho Civil constitucional español", antes cit. pag. 6) subraya el carácter técnico de los principios generales del Derecho contenidos en las leyes ordinarias o en el Código Civil.



moderno<sup>36</sup> e igualmente por la firme intención de evitar la utilización de conceptos metajurídicos, cuando faltase una ley expresa o costumbre. Sin embargo, la función social se caracteriza por ser un principio de valor político-constitucional que juridifica objetivos en los que a menudo se confunden los aspectos jurídicos, sociales, económicos y políticos.<sup>37</sup>

Debido a su marcado valor político-constitucional, el principio de la función social opera en una forma peculiar y distinta al modo en que lo hacen los principios generales del Derecho mencionados en el Título Preliminar del Código Civil.<sup>38</sup>

En virtud del Art. 1.4 del Código Civil, se atribuye a los principios generales una función de fuente supletoria del Derecho, ya que se aplicarán en defecto de ley o costumbre. Además, tras la reforma del Título Preliminar en 1974 y debido a la influencia directa del pensamiento de F. DE CASTRO, se dota a los principios referidos del carácter informador del ordenamiento jurídico.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> DE ANGEL YAGÜEZ, ANGEL. "Una teoría del Derecho. (Introducción al estudio del Derecho)". Ed. Cívitas, Madrid 1993, pag. 276.

<sup>37</sup> Respecto a esta última cuestión y en sede de tratamiento y estudio de los principios y valores incorporados a la Constitución, Vid. CANOSA USERA, RAUL. "Interpretación constitucional y fórmula política", antes cit. pags. 152 y 153. En torno al valor político de los principios constitucionales, Vid. PERLINGIERI, PIETRO. "Por un Derecho Civil constitucional español", antes cit. pag. 6.

<sup>38</sup> Es una opinión compartida, en sede general de diferenciación de los principios reconocidos por la Constitución y los tradicionales principios generales del Derecho a los que alude el Código Civil, entre otros autores por BIDART CAMPOS, GERMAN J. "La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional". Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987, pags. 234 y 235. PASTOR, RIDRUEJO, LUIS. "El Título Preliminar del Código Civil y la forma de aplicación del Derecho", en AA.VV. "El Poder Judicial", Vol III, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983, pag. 2263.

<sup>39</sup> El carácter informador de los principios generales del Derecho había sido ya puesto de manifiesto por DE CASTRO ("Derecho Civil de España", cit. pag. 420) cuando señalaba que "los principios informan a todas las normas formuladas". La influencia del pensamiento de DE CASTRO sobre la Reforma de Título Preliminar del Código Civil se hace patente al observar que el carácter informador de los principios generales constituye una reserva ausente en otros ordenamientos jurídicos europeos. Vid. PERLINGIERI, PIETRO. "Por un Derecho Civil constitucional español", antes cit.

Sin embargo, debido a su reconocimiento a nivel constitucional, el principio de la función social resulta difícilmente encuadrable en el apartado 4º del Art. 1 del Código Civil, por lo menos en lo que se refiere a su aplicación en defecto de ley o costumbre.

Para demostrar esta afirmación, caben dos soluciones hipotéticas, según sea la posición que se adopte frente a la regla general de condicionar la operatividad de la función social a la existencia de una expresa previsión legislativa que concrete sus exigencias.

Interpretando esta regla restrictivamente, se concluye que la función social no puede ser encuadrada en el marco del Art. 1.4 Cc., ya que, si se entiende que ésta opera únicamente cuando exista una disposición legislativa que determine sus exigencias para cada supuesto concreto, en ningún caso podrá ser invocada en defecto de ley o costumbre aplicables y, en consecuencia, no resultaría equiparable, ni por aproximación, a un principio general del Derecho. Este razonamiento se simplifica si se tiene presente que reducir la efectividad de la función social a expresas previsiones legislativas es tanto como negar su conceptualización de principio general. Si se parte de este punto de vista, la función social no podrá ser incluida en el Art. 1.4 Cc., porque no sería un principio general y, en este sentido, no podría asumir las funciones que caracterizan la forma de actuar de aquéllos.

No obstante, ni siquiera cuando se entienda, como nosotros proponemos, que la función social no agota su efectividad en expresas disposiciones legislativas, sino que constituye un

---

pag. 7. GORDILLO CAÑAS, ANTONIO. "Ley, principios generales y Constitución", antes cit. pag. 47. Esta influencia ha sido reconocida mayoritariamente por la doctrina, Vid. DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO. "Una teoría del Derecho. (Introducción al estudio del Derecho)", cit. pags. 275 y ss. DIEZ PICAZO, LUIS. "Los principios generales en el pensamiento de F. de Castro", antes cit. pags. 1263 y ss. ARCE Y FLOREZ VALDES, JOAQUIN. "Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional", cit. pags. 12, 53 y 54. FUENMAYOR, AMADEO DE. "Alcance del principio constitucional de igualdad", antes cit. pag. 1328 ed. ADC, así como pags. 371 y ss. ed. Estudios de Decho. Civ.

principio de valor general recogido por la Constitución, se podrá afirmar que su forma de actuar resulta reconducible a la función supletoria a la que alude el Art. 1.4 Cc.

Si como dispone el citado precepto, la función social actuase en defecto de ley o costumbre aplicable al caso concreto, se llegaría a la paradógica conclusión de que una ley ordinaria, o incluso el Derecho consuetudinario, podrían enervar la aplicación de un principio que la Constitución considera como fundamental en materia de propiedad privada.<sup>40</sup> Ello constituiría una clara violación del principio de jerarquía normativa consagrado en los Arts. 9.3 CE y 1.2 Cc., ya que sería verdaderamente difícil sostener, en este punto, la fuerza vinculante de la Constitución frente a la legislación ordinaria.

Pero además, se llegaría a un resultado si cabe aún más paradógico. Atribuyendo una efectividad meramente supletoria a la función social, ésta se convertiría en una cláusula constitucional inoperativa y vacía, cuyo contenido quedaría totalmente a expensas de la determinación efectuada por el legislador ordinario. La inoperatividad de esta cláusula no se debería al hecho de que el legislador mantuviese una actitud pasiva respecto el deber de concretar sus exigencias para un supuesto específico, sino por razón de que simplemente no estaría obligado a hacerlo, pues la función social actuaría exclusivamente en defecto de sus expresas previsiones legislativas. Si así fuera, la efectividad de la función social se reduciría a aquellas categorías de bienes que careciesen de regulación legislativa de su estatuto jurídico.

Descartado que la función social pueda ser un principio que actúe exclusivamente en defecto de ley o costumbre, resta por determinar si ésta podría operar con carácter

---

<sup>40</sup> En este sentido, PERLINGIERI, PIETRO. "Por un Derecho Civil constitucional español", antes cit. pags. 6 a 8. BIDART CAMPOS, GERMAN J. "La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional", antes cit. pag. 235. PASTOR RIDRUEJO, LUIS. "El Título Preliminar del Código Civil y la forma de aplicación del Derecho", antes cit. pag. 2263

informador del ordenamiento jurídico (último inciso Art. 1.4 Cc.).

La solución a este problema se halla íntimamente ligada a la cuestión de si la función social puede ser equiparada a los principios constitucionales *stricto sensu*, toda vez que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional que "*los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico...*" (STC. 4/1981 de 2 de Febrero, Fto. Jco. 1º).

Si entendemos la acepción "principios constitucionales" como sinónimo de "valores superiores del ordenamiento jurídico"<sup>41</sup>, la función social no podrá quedar comprendida dentro de esta categoría. Desde una perspectiva sistemática y formal se ha señalado mayoritariamente que los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico se encuentran recogidos en los Arts. 1.1 y 9.3 del Título Preliminar CE, entre los que destacan la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político, el principio de legalidad, la seguridad jurídica, la jerarquía normativa, etc.

Desde un ángulo material, los valores consagrados por los citados preceptos representan las ideas y decisiones políticas fundamentales de la comunidad jurídica que, situados en la cúspide del ordenamiento, constituyen los fines primordiales a los que el Derecho ha de tender y contienen el espíritu que preside la creación, aplicación e

---

<sup>41</sup> En algunas ocasiones el Tribunal Constitucional ha llegado a equiparar principios constitucionales y valores superiores, así Vid. entre otras, STC. 83/1984 de 24 de Julio (Fto. Jco. 3º) y 53/1985 de 11 de Abril (Ftos. Jcos. 3º y 4º). En la doctrina la afinidad mencionada ha sido puesta de relieve, entre otros, por GARRIDO FALLA, FERNANDO. "Comentarios a la Constitución", antes cit. pag. 29. LEGUINA VILLA, JESUS. "Principios Generales del Derecho y Constitución", antes cit. pags. 13 y 14. VILAS NOGUEIRA, JOSE. "Los valores superiores del ordenamiento jurídico", antes cit. pag. 94. ARCE Y FLOREZ VALDES, JOAQUIN. "Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional", antes cit. pags. 124 y 125.

interpretación de la totalidad de las normas.<sup>42</sup>

Resulta, por lo tanto, obvio que la función social no reúne, desde el punto de vista formal ni material, las notas propias y caracterizantes de la fisonomía de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

Si por el contrario, entendemos que se aprecia una cierta diferenciación entre los valores superiores del ordenamiento jurídico y los principios constitucionales, la función social se aproximará mucho más a la esfera de éstos últimos. La distinción radica en que los principios constitucionales suponen una especie de concretización de los valores, presentando una naturaleza más jurídica y un contenido menos abstracto.<sup>43</sup>

En este punto específico, el acercamiento a la categoría de los principios constitucionales se aprecia en el dato de que la función social se muestra como un principio

---

<sup>42</sup> Vid. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. "La Constitución como norma jurídica", antes cit., pags. 114 y 145. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON. "Curso de Derecho Administrativo", Vol I, antes cit. pags. 128 y 129. GONZALEZ PEREZ, JESUS. "Los principios generales del Derecho y la Constitución", en AA.VV. "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Vol II, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, pag. 1163. ARCE Y FLOREZ VALDES, JOAQUIN. "Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional", cit. pags. 103 y ss.

<sup>43</sup> Según ha declarado el Tribunal Constitucional en STC 27/1981 de 20 de Julio (Fto. Jco. 10) "*Los principios constitucionales [...] no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico...*". En la misma línea argumentativa, STC 20/1987 de 19 de Febrero (Fto. Jco. 4º). Por consiguiente, el Tribunal Constitucional parece admitir implícitamente el carácter instrumental de los principios constitucionales respecto a los valores superiores del ordenamiento jurídico. Ello es igualmente admitido, entre otros, por LEGUINA VILLA, JESUS. "Principios Generales del Derecho y Constitución", antes cit. pag.14. ALVAREZ CONDE, ENRIQUE. "Curso de Derecho Constitucional", Vol I. El Estado Constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades. Ed. Tecnos, Madrid 1992, pag. 225. ARCE Y FLOREZ VALDES, JOAQUIN. "Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional", antes cit. pag. 131. FUENMAYOR, AMADEO DE. "Alcance del principio constitucional de igualdad", antes cit. pag. 1329 ed. ADC y pag. 372 ed. Estudios de Dcho. Civ.

fijado por la Constitución como fundamental en la esfera de las relaciones jurídicas dominicales, el cual instrumentaliza, en este ámbito relacional, los valores superiores que propugna el Estado Social y Democrático de Derecho.<sup>44</sup>

Así, por ejemplo, en materia de propiedad, el principio de la función social contribuye a dotar de plena efectividad a valores como la libertad y la igualdad. Su actuación conduce a la más justa distribución de la riqueza y a una mayor equidad en las relaciones sociales, lo que lleva directamente a la consecución de una auténtica igualdad material, la cual impide que el dominio sobre las cosas vuelva a ser utilizado como autoridad sobre las personas.

Consiguientemente, de manera similar a cómo actúan los principios constitucionales en otros ámbitos materiales, la función social concretiza, en materia dominical, aquellos valores y objetivos sociales que han sido declarados solemnemente como primordiales y básicos en el momento constituyente.<sup>45</sup>

Por este motivo, la función social es un principio básico y soporte primario del sistema jurídico dominical<sup>46</sup> que actúa con carácter informador de la legislación futura, ya que condensa las directrices constitucionales que necesariamente han de ser seguidas por el legislador ordinario en la delimitación del contenido del derecho de propiedad. Respecto a la normativa ya vigente, el principio de la función social opera como la idea unificadora y organizadora que determina la significación de una gran cantidad de preceptos en materia de

---

<sup>44</sup> La tesis anteriormente sustentada en sede general es concretada en tema de propiedad privada por PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 277.

<sup>45</sup> GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. "La Constitución como norma jurídica", antes cit. pag. 144. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON. "Curso de Derecho Administrativo", Vol I, antes cit. pag. 128.

<sup>46</sup> MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pag. 198.

relaciones jurídico dominicales.<sup>47</sup>

Ello es posible debido a que la función social, en tanto que principio de valor general, desenvuelve una función interpretativa respecto a las leyes vigentes que regulan el régimen jurídico de la propiedad. Basta que se produzca una mutación en los principios fundamentales del sistema jurídico, para que sea necesario dotar de un nuevo sentido a la literalidad de las normas que lo componen.<sup>48</sup> Esto es lo que acontece en el ámbito del dominio. Al haber dejado paso el principio general de la libertad plena sin límites al principio de la función social, las disposiciones preconstitucionales que contemplan la disciplina de la propiedad privada deberán de ser interpretadas conforme a los nuevos principios instaurados por el orden constitucional.

De ahí que sea posible hallar preceptos cuya letra permanezca inalterada desde el momento de su redacción, pero el sentido que ha extraerse de sus palabras, a la luz del principio constitucional de la función social, sea totalmente distinto al que poseían en el momento de su elaboración.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 278. COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit. pag. 35. NATOLI, UGO. "La proprietà. Appunti delle lezioni", antes cit. pag. 126. RODOTA, STEFANO. "Note critiche in tema di proprietà", antes cit. pag. 1338. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", antes cit. pag. 267. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 78.

<sup>48</sup> DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. "Derecho Civil de España", antes cit. pag. 424. GONZALEZ PEREZ, JESUS. "Los principios generales del Derecho y la Constitución", antes cit. pag. 1164. DIEZ PICAZO, LUIS. "Los principios generales en el pensamiento de F. de Castro", antes cit. pag. 1267. ARCE Y FLOREZ VALDES, JOAQUIN. "Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional", antes cit. pag. 62.

<sup>49</sup> Este fenómeno acontece respecto al sentido y significado que ha de atribuirse en la actualidad a la letra del Art. 348 del Código Civil, y en concreto a su último inciso "sin más limitaciones que las establecidas en las leyes". Sobre este tema, véanse las consideraciones efectuadas supra. en sede de tratamiento de la posición en el marco jurídico actual de la disciplina codificada de la propiedad privada.

### **3. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACION ANALOGICA DE LAS NORMAS QUE CONCRETAN EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA FUNCION SOCIAL.**

Además de las señaladas, el principio de la función social cumple otra función que quizás pueda ser calificada como la más trascendente de todas ellas. Esta consiste en la posibilidad de aplicar extensivamente en vía analógica las disposiciones legislativas que concreten las exigencias sociales para cada caso determinado.

Bajo la vigencia del orden liberal, la libertad tendencialmente ilimitada y la plena autonomía privada constituían los principios fundamentales que presidían el régimen jurídico de las relaciones dominicales y patrimoniales en general. La propiedad privada se concebía como un poder subjetivo de disposición, cuyo ejercicio era libre y exclusivamente subordinado a la soberana voluntad del titular dominical, la cual se manifestaba sin ningún tipo de trabas, salvo las imprescindibles para garantizar la convivencia pacífica de los distintos derechos absolutos.

En este orden, toda norma que impusiese algún tipo de limitación o restricción al libre ejercicio del derecho de propiedad, constituía una frontal contravención de los principios generales y, consecuentemente, debía de ser considerada como excepcional. Por motivo de esta excepcionalidad, las normas a las que nos referimos desplegaban su eficacia operativa únicamente respecto al supuesto específico para el que habían sido promulgadas, no pudiendo procederse a una aplicación extensiva de sus dictados a otros supuestos análogos a los por ellas regulados que no hubiesen sido contemplados normativamente todavía.

La razón de la prohibición se basaba en el carácter expansivo de los principios



generales.<sup>50</sup> Se estimaba que las normas que contemplaban limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad suponían, para un supuesto específico, una derogación del principio general de plena libertad dominical, justificada por especiales razones de *utilitas*.<sup>51</sup>

Por consiguiente, si la norma excepcional es derogación de un principio general para un caso específico, no tendría sentido extender a otro no previsto la *ratio* deducible de la misma. A ese supuesto no contemplado normativamente debería de ser necesariamente extensible la aplicabilidad del principio general y nunca del excepcional.

Así pues, debido a esa contravención de los principios generales, las normas limitativas de la propiedad debían ser interpretadas restrictiva y taxativamente, ya que en ellas se fijaba de manera muy precisa el supuesto concreto al que debían de ser aplicadas. Si se procediese en sentido contrario, extendiendo analógicamente sus dictados, se ampliaría arbitrariamente lo que el legislador había querido y dispuesto en modo expreso para un caso particular e individualizado<sup>52</sup>

Con la crisis del orden liberal, la situación cambia. Debido a los trepidantes acontecimientos sociales, políticos y económicos que no dejan de sucederse, las limitaciones a la propiedad privada que tienen su fundamento en la realización de los intereses sociales de la colectividad, comienzan a multiplicarse numéricamente.

---

<sup>50</sup> BALAGUER CALLEJON, FRANCISCO. "Fuentes del Derecho", Vol I. Principios del ordenamiento constitucional. Ed. Tecnos, Madrid 1991, pag. 172. Para el examen de otras razones que justifican la prohibición de extensión analógica de las normas excepcionales, véanse las consideraciones efectuadas en el Capítulo I, en sede de consecuencias de la constitucionalización del Derecho Privado.

<sup>51</sup> Vid. BATLLE VAZQUEZ, MANUEL. "Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales" (Art. 4 Cc. ), antes cit. pag. 92.

<sup>52</sup> En el marco de la teoría general, Vid. MESSINEO, FRANCESCO. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Tomo I, antes cit. pag. 110.

De manera paulatina, este aumento cuantitativo se traduce en una trascendental mutación cualitativa en la teoría de las limitaciones dominicales. Trayendo a colación en este punto la doctrina sentada por IRTI<sup>53</sup>, las normas que contemplan límites a la propiedad privada por razón de exigencias de tipo social, se consolidan formando microistemas de los cuales comienzan a resultar extraíbles ciertos principios que se alejan de la esfera del Derecho excepcional para aproximarse al ámbito de la normalidad.

En nuestro ordenamiento jurídico, este proceso evolutivo culmina con la recepción a nivel constitucional del principio de la función social. Tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, se produce un cambio en los principios fundamentales de nuestro sistema, respecto del cual no es ajeno el régimen jurídico de la propiedad privada.

El principio general de la plena libertad en el ejercicio de los derechos dominicales ha dejado paso a la función social, que, tras su incorporación a nuestra Norma Fundamental, se ha convertido definitivamente en un principio de valor general que preside la disciplina y el régimen normativo de la propiedad privada.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Vid. IRTI, NATALINO. "La edad de la descodificación", antes cit. pag. 38. Idem. "Leggi speciali (Dal mono-sistema al poli-sistema)", cit. pags. 143 y 144. Finalmente, "Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili", antes cit. pag. 307.

<sup>54</sup> Decimos que tras la incorporación a la Constitución de 1978, la función social se ha convertido *definitivamente* en un principio de valor operativo general, ya que como es fácil observar tal incorporación no constituye una novedad, habida cuenta de que el principio de la función social había sido ya reconocido anteriormente en otras normas de alcance constitucional. Tal es el caso del Art. 44 de la Constitución española de la Segunda República y de los Arts. 30 y 31 del Fuero de los Españoles, el Principio X de los Principios del Movimiento Nacional y la Declaración XII del Fuero del Trabajo. No obstante, nos permitimos dudar de que en los Textos citados la función social pudiese haber adquirido el carácter de principio general, ya que en ninguno de ellos se reconocía expresamente su mención. Por otra parte, desafortunadamente, la Constitución de 1931 tuvo una efímera vigencia que impidió que los objetivos sociales en ella consagrados, madurasen y adquiriesen auténtica virtualidad práctica. A ello hay que añadir que en esta época todavía se halla muy arraigada la tradición histórica de considerar a los Textos Constitucionales como meras declaraciones programáticas de contenido político, carentes de inmediata efectividad jurídica. Finalmente, respecto a las Leyes Fundamentales Franquistas, hay que decir que los preceptos contenidos en las mismas acabaron por

Consecuentemente, las normas que limiten el ejercicio del derecho de propiedad por razón de los intereses sociales de la colectividad, ya no podrán ser vistas como una excepcional derogación, para un caso concreto, del carácter absoluto de la propiedad privada, sino como manifestación del principio general de la función social.<sup>55</sup>

De este modo, las leyes que son concreción del principio de la función social podrán ser aplicadas extensivamente a otros supuestos o categorías de bienes similares a los por ellas contemplados, ya que, al dejar de ser conceptuadas como excepcionales y pasar a integrar el ámbito de normalidad, cae la prohibición de la analogía establecida en el Art. 4.2 del Código Civil.<sup>56</sup> La función social opera, de esta manera, como instrumento que legitima la

---

convertirse en meras declaraciones políticas, ya que no se recogían los medios adecuados para lograr su efectividad. El aparente espíritu socializante de la Leyes Fundamentales sólo sirvió para justificar el acometimiento de grandes obras públicas y para desarrollar técnicas de colonización y urbanismo. (En torno a esto último, DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", cit. pags. 128 y 129.) Consecuentemente, tras su incorporación a la Constitución de 1978, la calificación como definitiva de la conversión de la función social en un principio general, se halla refrendada por su sólida consolidación como tal, tanto a nivel dogmático como legislativo y jurisprudencial, a lo largo de los años de vigencia de nuestra Norma Fundamental.

<sup>55</sup> GALGANO, FRANCESCO. "Immagini della proprietà", antes cit. pags. 818 y 819. Idem. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", antes cit. pag. 153. Igualmente, "Diritto Civile e Commerciale", Vol I, antes cit. pag. 330.

<sup>56</sup> La posibilidad de extender la aplicabilidad en vía analógica de las normas que concretan el principio de la función social fue puesta por primera vez de manifiesto por DOMENICO RUBINO en el mismo año del nacimiento de la vigente Constitución italiana. En este sentido, Vid. su obra "Modernas tendencias sobre los límites del derecho de propiedad en Italia", antes cit. pag. 208. Ha sido RODOTA, quien expresamente ha reconocido la paternidad de la idea a RUBINO. Vid. "Intorno alla proprietà. Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi", antes cit. pags. 454 y 455. Igualmente RODOTA se encarga de difundir la citada idea en muchos de sus trabajos, Vid. entre otros, "Note critiche in tema di proprietà", cit. pag. 1337. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada", cit. pag. 266. "Proprietà. Diritto Vigente", antes cit. pag. 140. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 382. Otros autores que, en la doctrina italiana, destacan también esta idea, GALGANO, FRANCESCO. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione" antes cit. pag. 152. Idem. "Immagini della proprietà", antes cit. pag. 819. Idem. "Diritto Civile e Commerciale", antes cit. pag. 330. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", cit. pags. 277 y ss. RESCIGNO, PIETRO. "Per un studio sulla proprietà", antes cit. pag. 44. Idem. Voz "Proprietà", antes cit. pag. 275. IRTI, NATALINO. "Proprietà e impresa", cit. pags. 10 y 11. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti del Diritto Privato", cit. pag. 186. PERLINGIERI, PIETRO. "Profili del Diritto Civile", antes cit. pag. 200. Idem. "Por un Derecho Civil constitucional español",

aplicación analógica de normas singulares y conjuntos normativos, que en otro caso tendrían que ser consideradas excepcionales.<sup>57</sup>

En consecuencia, las normas que concretan la función social del derecho de propiedad, al ser manifestación de un principio general, adquieren una auténtica *vis expansiva* pudiendo ser aplicadas a supuestos análogos a los por ellas contemplados.

La posibilidad de aplicación en vía analógica de aquellas leyes que concretan la función social puede ser también deducida de una interpretación del Art. 33.2 CE.

Tal y como ha sido declarado por el Tribunal Constitucional en ST. 37/1987, "*el Art. 33.2 CE flexibiliza la reserva de ley en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, que debe ciertamente regularse por ley, pero que también puede llevarse a cabo por la Administración de acuerdo con las leyes, cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquellas.*"

La flexibilización de la reserva a la que alude el TC en St. 37/1987 de 26 de Marzo, es posible que no consista sólo en permitir un cierto margen de acción a la potestad normativa del Gobierno. Frente a la correcta interpretación dada por el Tribunal Constitucional, el sintagma "de acuerdo con las leyes" también podría ser entendido en el sentido de admitir la

---

antes cit. pag. 9. IANNELLI, ANTONIO. "La proprietà costituzionale", cit. pag. 191. NATOLI, UGO. "La proprietà. Appunti delle lezioni", cit. pag. 126. En la doctrina española, MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pag. 198. Idem. "Comentarios al Código Civil" (Art. 348 Cc.), antes cit. pag. 959. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", cit. pag. 78.

<sup>57</sup> RODOTA, STEFANO. "Commentario della Costituzione", antes cit. pag. 117. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada", antes cit. pags. 331 y 332. BALLARIN MARCIAL, ANTONIO. "La función social del suelo rústico y de la propiedad agraria", antes cit. pag. 49.

posibilidad de extender la aplicación de una ley que previamente haya determinado las exigencias de la función social para una determinada categoría de bienes, a todos aquellos otros bienes que formen parte de categorías análogas.<sup>58</sup> En este caso, la función social no actuaría mediante una ley que nace precisamente para habilitar su concreción en un supuesto específico, sino de acuerdo con una ley ya existente, que previamente ha delimitado sus exigencias para similares categorías de bienes.

Ahora bien, la posibilidad de extender analógicamente la aplicabilidad de las disposiciones legislativas que concreten el principio de la función social ha de ser manejada en sus justos términos, pues única y exclusivamente podrá ser llevada a cabo cuando concurren todos y cada uno de los imprescindibles requisitos para proceder en general a la aplicación analógica de las normas.<sup>59</sup>

Así, es necesario que exista una previa ley que concrete las exigencias de la función social para un supuesto determinado, porque aunque ésta no agote su efectividad en expresas previsiones normativas, es conveniente recordar que carece de operatividad inmediata y que el previo intermedio legislativo es una prescripción constitucional. Siempre que el citado intermedio legislativo aparezca como paso previo a la extensión analógica, la actuación de la función social será conforme a la Constitución, ya que el juez o el intérprete no estará gravando al propietario mediante la imposición de deberes y obligaciones creados según su propio criterio, sino que simplemente extenderá la aplicabilidad de los ya previamente determinados por una específica ley.

---

<sup>58</sup> RODOTA, STEFANO. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 381. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada.", antes cit. pag. 331.

<sup>59</sup> RUBINO, DOMENICO. "Modernas tendencias sobre los límites del derecho de propiedad en Italia", antes cit. pag. 208.

Es decir, en estas hipótesis no se limita el contenido del derecho de propiedad por una ley que concrete, para el supuesto específico, las exigencias de la función social. Por el contrario, se está delimitando el contenido dominical por obra de la función social y de acuerdo con la ley que previamente ha determinado sus exigencias para un caso concreto, análogo al que ahora se plantea.

Del mismo modo, y además de lo apuntado, es imprescindible que se trate de categorías de bienes respecto las cuales no exista ninguna norma o ley que especifique para ese caso concreto las exigencias derivadas del principio de la función social y, por este motivo, sea necesario acudir a la aplicación analógica de otra disposición que sí lo haya hecho en relación con otras clase de bienes similar.

Los requisitos señalados son los más básicos, pero no por ello los únicos necesarios. Para proceder a la aplicación analógica es igualmente imprescindible mantener el pleno respeto al contenido normativo de aquellas leyes que previamente hayan concretado las exigencias de la función social para un caso determinado. En este sentido, no es posible la extensión analógica a un supuesto similar de aquellos extremos que no hayan sido expresamente contemplados por la previa ley. Como indica RUBINO, sería la hipótesis de que la ley haya previsto para un caso dado cierto tipo de limitación y se trate de aplicar a otro análogo un tipo de límite distinto y no previsto por la ley previa.<sup>60</sup>

Para finalizar, como fácilmente se deduce, es necesario que, entre el supuesto contemplado por la ley que ha concretado la función social y aquel otro al que se trata de

---

<sup>60</sup> RUBINO, DOMENICO. *Ibidem.* Supra.

aplicar, exista identidad de razón<sup>61</sup>, la cual ha de ser apreciada en base a los elementos esenciales y jurídicamente relevantes que constituyen el fundamento o *ratio iuris* de la norma, entre los que destacan su objeto y finalidad.<sup>62</sup>

Por lo que se refiere al objeto, es necesario que las categorías de bienes de que se trate sean análogas. La ley que hubiese concretado las exigencias sociales a las que queda vinculado el ejercicio del derecho de propiedad sobre el suelo rústico no podrá ser aplicable analógicamente al régimen jurídico dominical del suelo urbano.

En cuanto a la finalidad, se requiere que, en el supuesto legislativamente previsto y en su semajante, el grado de vinculación del ejercicio del derecho de propiedad a las exigencias sociales sea similar.

Teóricamente no resulta sencillo dar cumplimiento a este requisito, ya que la sujeción

---

<sup>61</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo a contribuido a precisar el alcance del concepto de identidad de razón como requisito para la aplicación analógica de las normas jurídicas. Entre otras resoluciones destacan, SSTs 2 Enero 1980 (Civil) Cdo. 7º (RJA 17), 20 Marzo 1980 (Cont-Adm) Cdo. 3º (RJA 2252), 28 Febrero 1983 (Civil) Cdo. 6º (RJA 1083), 16 Junio 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 4731), 4 Junio 1993 (Civil) Fto. Dcho. 5º (RJA 5261), 28 Octubre 1994 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 8092).

<sup>62</sup> Se trata de comprobar si los elementos esenciales que constituyen la *ratio iuris* de la ley que previamente ha concretado las exigencias de la función social, se observan igualmente en el supuesto no regulado. Por consiguiente, la posibilidad de aplicación analógica ha de valorarse, no respecto a la similitud existente entre cualquier elemento de ambos supuestos (el contemplado normativamente y el no previsto), sino respecto a aquéllos esencialmente identificativos de la *ratio iuris* de la norma. En torno a este requisito de la analogía, DE DIEGO, CLEMENTE. "La analogía en el Código Civil español", RDP, núm 12, Septiembre 1914 (Tomo I, 1913-14), pags. 372 y 373. CASTAN TOBEÑAS, JOSE. "Derecho Civil español, Común y Foral". Tomo I Introducción y Parte General. Vol II Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ed. Reus, Madrid 1988, pag. 573. GULLON BALLESTEROS, ANTONIO. "Comentarios al Código Civil", (Art. 4º Cc.), Tomo I, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General de Publicaciones, Madrid 1991, pag. 29. SANTOS BRIZ, JAIME. "La aplicación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código Civil", en AA.VV. "Libro homenaje a Ramón Mª Roca Sastre". Vol I, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales. Madrid 1976, pag. 776.

del derecho de propiedad a las exigencias sociales varía en gran medida de unos casos a otros. Esta dificultad se salva si se tiene presente que ambos supuestos (el previsto en la ley y el semejante a él) deben desenvolverse sobre categorías de bienes análogas. Por lo tanto, será relativamente difícil hallar entre ellos una amplia disimilitud en el grado en que el ejercicio del derecho de propiedad queda vinculado a exigencias sociales.

En síntesis, si no existiese una previa ley que concrete la función social para un caso específico, si no se respetase escrupulosamente el contenido normativo de esa previa ley, y si entre el supuesto previsto legislativamente y el no previsto no hubiese identidad de razón, las negativas consecuencias que en un principio se señalaron respecto a una posible operatividad inmediata de la función social, no tardarían en reproducirse.

## **II. ORIGEN, EVOLUCION Y SENTIDO ACTUAL DE LA RESERVA DE LEY EN MATERIA DOMINICAL.**

Como ya hemos podido comprobar, la Constitución establece una reserva de ley para la regulación del ejercicio y la delimitación del contenido del derecho de propiedad. El estudio del origen y de la evolución en el tiempo la citada reserva legislativa, nos llevará a colocarnos en la posición adecuada para afrontar la determinación de su actual *ratio* y fundamento constitucional.

El origen de la reserva de ley puede hallarse en los albores del nacimiento del Estado Moderno, pero adquiere un significado históricamente apreciable con la formación del Estado liberal. Se trata de un concepto producto de la doctrina alemana, inicialmente acuñado por



OTTO MAYER, que no tarda en difundirse por los restantes países liberales europeos.<sup>63</sup>

El orden liberal se caracteriza, como ya ha sido puesto de manifiesto, por asentarse sobre una total separación entre la sociedad (ámbito de lo privado) y el Estado (ámbito de lo público).

En este contexto, la sociedad representa el ámbito de lo natural y espontáneo, que funciona autónomamente de acuerdo con sus propias reglas y en el que encuentran máxima realización el principio de libertad, intimamente ligado al derecho de propiedad. La burguesía se plantea como uno de los objetivos primordiales de su modelo de Estado el garantizar la intangibilidad de esa esfera, en donde se desenvuelve el ejercicio de los derechos que se consideran inviolables y sagrados. Por este motivo, se conceptúa negativamente toda intervención que altere las espontáneas y preestablecidas reglas del orden natural, tratándose de reducir su existencia lo máximo posible.

---

<sup>63</sup> Es cierto que la reserva de ley nace en el seno de los ordenamientos feudales del Siglo XII, esencialmente conectada, en materia tributaria con el principio "No taxation without representation", así como en materia penal con el aforismo "nulla poena sine lege". Pero, no es menos cierto que su auténtico significado se halla en el orden liberal, en donde se convierte en una idónea garantía de los derechos económicos y libertades de los particulares. Sobre las iniciales manifestaciones de la reserva de ley MAYER, OTTO. "Derecho Administrativo Alemán". Tomo I. 2ª Edición. Parte general. Trad. de H. Heredia y E. Krotoschin. Ed. Depalma, Buenos Aires 1982, pags. 97 y ss. FOIS, SERGIO. Voz "Legalità (principio di)", en Enciclopedia del Diritto. Tomo. XXIII, Ed. Giuffrè, Milano 1973, pag. 662. BALDUZZI, RENATO y SORRENTINO, FEDERICO. Voz "Riserva di Legge", antes cit. pags. 1207 y 1212. VILLAR PALASI, JOSE LUIS y VILLAR EZCURRA, JOSE LUIS. "Principios de Derecho Administrativo". Tomo I. Concepto y fuentes. Ed. Universidad Complutense. Madrid 1987, pags. 94 y ss. Teniendo presentes estas consideraciones, no son pocos los autores que atribuyen expresamente a OTTO MAYER la paternidad del concepto de reserva de ley. Vid., entre otros, SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO. "Fundamentos de Derecho Administrativo", Vol I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988, pag. 770. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. "Rango de Ley, fuerza de Ley, valor de Ley", en RAP, Enero-Diciembre 1983, núm. 100-102, Vol I, pags. 425 y 426. BAÑO LEON, JOSE MARIA. "Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)". Ed. Cívitas, Madrid 1991, pag. 25. BALAGUER CALLEJON. "Fuentes del Derecho", Vol II, antes cit. pag. 104. BAENA DEL ALCAZAR, MARIANO. "Reserva de ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución española", en AA.VV. "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Vol I, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, pag. 286.

Ahora bien, siempre se darán casos en los que la intervención resulte imprescindible. Basta recordar los límites que se imponen al ejercicio del derecho de propiedad para lograr la pacífica convivencia de los diferentes "absolutismos" dominicales. Así pues, en aquellas hipótesis en las que inevitablemente halla de producirse la intervención, de lo que se trata es de asegurar, en la medida que sea posible, la legitimidad de la misma.

El modo de garantizar la legitimidad de las intervenciones que afectan a la libertad y a la propiedad privada resulta aprehensible, si se tiene presente que el Estado liberal muestra una organización dualista del poder. Por un lado, se halla el poder que detenta el monarca, el cual se califica como arbitrario, en tanto que procede de un órgano carente de legitimidad democrática. Por otro lado, se encuentra el poder que emana del Parlamento, el cual es considerado como plenamente legítimo, ya que tiene su origen en la soberanía popular y su ejercicio constituye una manifestación de la voluntad del pueblo expresada a través de sus representantes democráticamente elegidos.

Para preservar la legitimidad de las invasiones a la libertad personal y a la propiedad privada, se plantea como cosa del Estado de Derecho la exigencia de que tales invasiones sólo pudieran verificarse en base a una ley.<sup>64</sup> Con este planteamiento, la libertad y la propiedad quedan a salvo de toda intervención arbitraria, garantizándose, mediante la reserva de ley, que toda decisión política que afecte a este ámbito va a estar refrendada por el consentimiento y la voluntad de aquellos individuos que puedan resultar sujetos a la misma. En palabras de CARL SCHMITT, ley significa, en este sentido, imperio y cooperación de la Representación popular, de la representación de los afectados por la invasión de que se tratase.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> En esta misma línea de pensamiento, SCHMITT, CARL. "Teoría de la Constitución", antes cit. pag. 157.

<sup>65</sup> Ibidem. Supra.

La ley se muestra así como el máximo aval de la intangibilidad del orden nacido de la Revolución y sustentado sobre los fundamentales pilares de la libertad y la propiedad.<sup>66</sup>

Como fácilmente se puede deducir de lo hasta ahora expuesto, reservando exclusivamente la regulación de estas materias a la ley no se persigue enervar completamente toda posible intervención que afecte a la esfera de la propiedad privada y la libertad, sino solamente garantizar la legitimidad de las mismas, asegurando la participación de la representación de los afectados.<sup>67</sup>

Así las cosas, la legitimidad de la intervención quedará sin duda salvaguardada en aquellos casos en que la Asamblea Legislativa decida efectuar una remisión en blanco al gobierno monárquico, a fin de que este proceda a la regulación de la materia inicialmente reservada a la ley. Se entiende que en estos supuestos, el pueblo habría manifestado, por

---

<sup>66</sup> PERLINGIERI, PIETRO. "Profili istituzionali del Diritto Civile", antes cit. pags. 94 y 95. Idem. "Profili del Diritto Civile", antes cit. pag. 45. Sobre el inescindible binomio liberal propiedad-libertad y reserva de ley, GARCIA MACHO, RICARDO. "Reserva de ley y potestad reglamentaria", Ed. Ariel, Barcelona 1988, pag. 141. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, JOSE LUIS y GOMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL. "La potestad reglamentaria del gobierno en la Constitución", en RAP Septiembre-Diciembre de 1978, núm. 87, pag. 174. SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO. "Fundamentos de Derecho Administrativo", Vol I, antes cit. pag. 771.

<sup>67</sup> BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pag. 196. GARCIA MACHO, RICARDO. "Reserva de ley y potestad reglamentaria", antes cit. pag. 141. Prueba de que la reserva de ley no persigue enervar toda intervención, sin únicamente aquéllas ilegítimas, lo constituye el hecho de que para instaurar las bases del régimen liberal, fue necesaria la promulgación de una gran cantidad de disposiciones legislativas (aproximadamente se desarrollaron en Francia desde 1789 hasta 1804 y más tardíamente en el caso español, desde 1813 hasta 1889) que afectaron directamente al régimen jurídico de la propiedad privada. Tal es el caso de todas las medidas adoptadas (desvinculación, desamortización, abolición de señoríos y mayorazgos, venta de los bienes en manos muertas, etc) para superar los esquemas germánicos del mundo feudal. Desde esta perspectiva se comprende que la ley es indispensable para garantizar que las finalidades perseguidas con la alteración de las reglas nacidas espontáneamente del entramado social sean formalmente legítimas, es decir, constituyan la genuina voluntad de quien representa el pueblo. Por lo que se refiere a esta última precisión, Vid. PRIETO SANCHIS, LUIS. "La garantía de los derechos fundamentales frente a la Administración. El principio de legalidad y el sistema de producción normativa" en "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo IV, Art. 53 CE, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Ed. Edersa, Madrid 1984, pag. 479.

medio de sus representantes, su consentimiento aprobando la actuación normativa del gobierno.<sup>68</sup>

Por lo tanto, la funcionalidad que se otorga a la reserva de ley en el orden liberal no constituye obstáculo alguno a operaciones de deslegalización.<sup>69</sup> Siempre que exista una previa ley que, aunque vacía de contenido, habilite al gobierno al ejercicio de su potestad normativa, su intervención estará perfectamente justificada desde la perspectiva de la legitimidad, ya que se hallaría avalada por la voluntad popular expresada por medio de sus legítimos representantes democráticamente elegidos.

La posibilidad de la deslegalización se explica desde la posición que ocupa la ley en los ordenamientos liberales.

Las Constituciones decimonónicas se caracterizan por ser textos programáticos que contienen meras declaraciones de principios de valor político. Hay que esperar hasta bien entrado el Siglo XX para que los Textos Constitucionales puedan ser vistos como auténticas normas jurídicas de eficacia y aplicabilidad inmediata.

La falta de sentido normativo de las Constituciones, propiciada por la pervivencia del

---

<sup>68</sup> En palabras de DE OTTO, "Si la reserva se concibe exclusivamente a partir de la dogmática, propia del dualismo monárquico, su función queda cumplida con el simple hecho de que el legislador se haya pronunciado acerca de la materia de que se trate. Si lo que se persigue con la reserva es asegurar que la limitación de la libertad no sea posible más que con el consentimiento de los representantes, la finalidad quedaría cumplida cuando éstos remitiesen la regulación al reglamento consistiendo así con una autorización en blanco". Cfr. DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes", antes cit. pag. 154.

<sup>69</sup> Según GARRORENA MORALES ("El lugar de la ley en la Constitución", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1981, pag. 107) "para nuestro tema eso supone el que la ley, si tal es su decisión dotada de soberanía, pueda llamar al reglamento con toda la largueza que desee, llegando incluso -¿qué podría impedirlo?- a la deslegalización".

elemento monárquico, va a colocar a la ley en la más alta posición en el sistema jerárquico de fuentes normativas. De este modo, la voluntad del pueblo, expresada mediante leyes, se convierte en omnipotente y suprema, al no podersele oponer ninguna otra voluntad contenida en distintas disposiciones que carezcan de rango legal.<sup>70</sup> Sólo la ley posterior es capaz de derogar a la ley anterior.<sup>71</sup>

Siendo ello así, corresponde única y exclusivamente a la voluntad popular encarnada en leyes, decidir si el gobierno puede actuar normativamente respecto a materias, como la propiedad y la libertad, inicialmente reservadas a la ley.

Consecuentemente, la supremacía que la ley adquiere en el orden liberal, convierte a la reserva legal, establecida para todo aquello que afecte a los ámbitos de la libertad y la propiedad, en plenamente disponible para el legislativo.<sup>72</sup>

Es debido a esta causa, por lo que estimamos que el establecimiento de la reserva legal no supone ningún tipo de limitación para el poder legislativo, sino, por el contrario, para el gobierno monárquico, quien no podrá desplegar su acción normativa respecto a los ámbitos reservados a la ley, cuando carezca del consentimiento necesario para ello. En resumidas

---

<sup>70</sup> Vid. al respecto, PIZZORUSSO, ALESSANDRO. "Lecciones de Derecho Constitucional", Vol II, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, pags. 231.

<sup>71</sup> Sobre la primacía de la ley en el orden liberal, Vid. PREDIERI, ALBERTO. "El sistema de las fuentes del Derecho", en AA.VV. "La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los Profs. Alberto Predieri y E. García de Enterría. Ed. Cívitas, Madrid 1984, pags. 163 y ss. DE ASIS ROIG, AGUSTIN E. "La ley como fuente del Derecho en la Constitución de 1978", en AA.VV. "Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. E. García de Enterría", Vol. I, El ordenamiento jurídico. Ed. Cívitas, Madrid 1991, pags. 170 y ss. DIEZ PICAZO, LUIS MARIA. "Concepto de ley y tipos de leyes", en REDC, núm. 24, Septiembre-Diciembre 1988, pags. 48 y ss. DIEZ PICAZO, LUIS. "Constitución, Ley y Juez", ya cit. pags. 9 y 10.

<sup>72</sup> BALAGUER CALLEJON, FRANCISCO. "Fuentes del Derecho", Vol. II, antes cit. pags. 104 y 105.

cuentas, la funcionalidad que se atribuye a la reserva de ley en el orden liberal es sustraer ciertas materias, entre ellas la propiedad, de la acción normativa del gobierno monárquico, toda vez que su ejercicio se considera manifestación de un poder absoluto y arbitrario carente de legitimidad democrática.<sup>73</sup> Con este concepto de ley se asegura la cooperación de la Representación popular para las invasiones, impidiendo que el gobierno monárquico las realice sin dicha cooperación.<sup>74</sup>

Por consiguiente, para el constitucionalismo liberal democrático la reserva legal representa la garantía de que la regulación del estatuto de las libertades es materia reservada al legislador y sustraída de la ingerencia del gobierno,<sup>75</sup> actuando, de este modo, como un criterio atributivo de la competencia normativa<sup>76</sup>, estrechamente conectado con la división

---

<sup>73</sup> Textualmente afirma GARCIA DE ENTERRIA que "El principio de legalidad constituye, desde luego, un instrumento directamente lanzado contra el Estado absoluto: frente al poder arbitrario, el ideal del Gobierno por y en virtud de las leyes". Vid. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. "Revolución Francesa y Administración contemporánea", Ed. Taurus, Madrid 1984, pag. 14. Analogamente, DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes", antes cit. pag. 152. DE ASIS ROIG, AGUSTIN E. "La ley como fuente del Derecho en la Constitución de 1979", antes cit. pag. 172. RODRIGUEZ OLIVER, JOSE MARIA. "La consagración constitucional del principio de legalidad como límite para las normas aprobadas por la Administración", en AA.VV. "La Constitución española y las fuentes del Derecho", Vol. III, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, pag. 1712. COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", antes cit. pags. 189 y 190.

<sup>74</sup> SCHMITT, CARL. "Teoría del Constitución", antes cit. pag 158.

<sup>75</sup> PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. "Los derechos fundamentales". Ed. Tecnos, Madrid 1988, pag. 70.

<sup>76</sup> Aquellas materias que queden reservadas a la ley se constituirían en competencias del legislativo, mientras que las restantes podían ser objeto de regulación a través de la potestad reglamentaria gubernamental. A finales del Siglo XIX, OTTO MAYER ("Derecho Administrativo Alemán", Vol. I, antes cit. pag. 98) sostenía expresamente que la noción de reserva de ley es una exclusión de la iniciativa del ejecutivo (se entiende de la iniciativa de dictar normas con carácter general). Igualmente, admiten que en el orden liberal la reserva de ley funciona como una regla sobre la competencia normativa, MANGIAMELI, STELIO. "La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali", antes cit. pag. 103. SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO. "Fundamentos de Derecho Administrativo", Vol I, antes cit. pag. 769. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, JOSE LUIS y GOMEZ FERRER MORANT, RAFAEL. "La potestad reglamentaria del gobierno y la Constitución", antes cit. pag. 174. GIOVANNI DE FRANCO, RENATO. Voz "Riserva di legge", in Novissimo

de poderes y la garantía de las libertades de los ciudadanos frente a las posibles intervenciones arbitrarias de la autoridad gubernativa.<sup>77</sup>

Ahora bien, si la propiedad privada es una de esas materias cuya regulación se confía exclusivamente a la ley, resulta necesario averiguar a qué obedece el hecho de que el Art. 544 del Code francés de 1804 remita a los reglamentos para la determinación de los denominados "*usage prohibé*".<sup>78</sup> El mismo problema parece reproducirse en el último inciso del Art. 348 del Código Civil español de 1889, ya que la referencia a las leyes se efectúa en sentido material, quedando, por lo tanto, igualmente comprendidas en este ámbito las disposiciones normativas de rango infralegal.

Una posible explicación puede encontrarse en la ya señalada posibilidad que tiene el legislativo liberal de disponer plenamente de la reserva legal. En este sentido, siempre que el pueblo así lo consienta mediante la expresión de su voluntad en la correspondiente ley, se podrá habilitar al gobierno para que, en uso de su potestad normativa, proceda a limitar el ejercicio del derecho de propiedad privada. Es decir, la vigencia de normas de rango infralegal que afecten a materia dominical sólo será legítima y posible cuando exista una previa ley que permita expresamente su actuación, aunque su contenido se reduzca a ser una habilitación en blanco.

---

Digesto Italiano. Diretto da A. Zara ed E. Eula, Vol. XVI. Ed. Utet, Torino 1969, pag. 105. BALDUZZI, RENATO y SORRENTINO, FEDERICO. Voz "Riserva di legge", antes cit. pag. 1209. BAENA DEL ALCAZAR, MARIANO. "Reserva de ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución", antes cit. pag. 286.

<sup>77</sup> Respecto esta última afirmación, LAVAGNA, CARLO. "Istituzioni di Diritto Pubblico", antes cit. pag. 219. GARRORENA MORALES, ANGEL. "El lugar de la ley en la Constitución española", antes cit. pag. 91.

<sup>78</sup> Con este término nos referimos al último inciso del Art. 544 del Code napoleónico "...*pourvu qu'on n'en fasse un usage prohibé par les lois ou par les réglemns*". Vid. RODOTA, STEFANO. "El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada", antes cit. pag. 80.

No obstante, desde finales del Siglo XIX se suceden toda una serie de acontecimientos que exigen replantearse el sentido que se otorga al mecanismo de la reserva de ley en el vigente marco constitucional. Entre ellos, destacan dos principales. En plano político, se produce un cambio, tanto cuantitativo como cualitativo, en la forma de concebir el poder ejecutivo y sus relaciones con el Parlamento. En el plano normativo, la nueva concepción del Estado repercute en la naturaleza de los textos constitucionales, a los que ahora se reconoce auténtico valor jurídico vinculante.

Comenzando por lo que acontece en el plano político, hay que señalar que la absoluta supremacía parlamentaria, propia del orden liberal, toca a su fin. Desde la perspectiva cuantitativa, en el curso del presente Siglo el ejecutivo comienza a compartir con el legislativo un liderazgo que éste detentaba en solitario, al acumular en sus manos una gran cantidad de atribuciones y poderes que no le correspondían anteriormente.<sup>79</sup>

La creciente intervención ejecutiva y administrativa del Estado en las relaciones sociales impone una formulación de signo distinto de las normas e instituciones jurídicas que afectan a los derechos y deberes de los ciudadanos.<sup>80</sup> La reserva de ley en general, y en

---

<sup>79</sup> Para darse cuenta de que ello es así, basta con comparar la situación del ejecutivo liberal y las competencias y funciones que se atribuyen al mismo en la Constitución española de 1978. Así, al Gobierno se le otorga la dirección de la política interna e internacional, de la Administración civil y militar y de la defensa del Estado, la función ejecutiva, la potestad de emanar reglamentos (Art. 97), leyes delegadas (Art. 82) y Decretos Leyes (Art. 86). Sobre el aumento del poder que corresponde al ejecutivo, FORSTHOFF, ERNST. "Problemas constitucionales del Estado Social", antes cit. pags. 47 y ss. SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO. "Fundamentos de Derecho Administrativo", Vol. I, antes cit. pag. 774. ROVERSI MONACO, FABIO. "Breves consideraciones sobre el Gobierno y la Administración en la Constitución española", en AA.VV. "La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los Profs. Alberto Predieri y E. García de Enterría. Ed. Cívitas, Madrid 1984, pag. 615. DE ASIS ROIG, AGUSTIN E. "La ley como fuente del Derecho en la Constitución de 1978", antes cit. pags. 173 y ss.

<sup>80</sup> Así ha sido reconocido por MORTATI, COSTANTINO. Voz "Costituzione. (Dottrine generali)", en Enciclopedia del Diritto, Vol. XI, Ed. Giuffrè, Milano 1962, pag. 181. También CERVATI, ANGEL ANTONIO. "El legislador de los derechos fundamentales", en AA.VV. "La



concreto en materia de propiedad privada, no constituye una excepción a la regla.

Desde el punto de vista cualitativo, bajo el modelo de distribución de poderes que efectúa la Constitución de 1978, el dualismo Parlamento-Ejecutivo ha desaparecido, ya que ambas instituciones se sitúan ahora en el plano de la legitimidad democrática. Ya no se trata de contrastar el poder democrático del Parlamento con el poder absoluto y arbitrario del Ejecutivo, ya que éste último ha roto con el monopolio de la legitimidad democrática que en el orden liberal ostentaba el legislativo.

Así las cosas, la reserva de ley ya no podrá ser interpretada como un límite al poder arbitrario y absoluto del gobierno monárquico, cuya función sea garantizar la legitimidad de las intervenciones, mediante la sustracción de las materias reservadas al ejercicio de su potestad normativa.<sup>81</sup>

Para comprender la nueva justificación y sentido de la reserva de ley hay que acudir a analizar los trascendentes cambios que acontecen en el plano normativo.

Superada la tradicional calificación de los textos constitucionales como meros documentos políticos declarativos de principios programáticos, la Constitución española de 1978 se muestra como una auténtica norma jurídica de efectividad inmediata y de aplicación directa. Ahora bien, no se trata de cualquier norma jurídica, sino de la Norma Suprema,

---

garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia", Ed. Cívitas, Madrid 1991, pag. 58.

<sup>81</sup> De la misma opinión son, entre otros, RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley", antes cit. pags. 429 y 430. BAÑO LEON, JOSE MARIA. "Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. (Remisión normativa y reglamento independiente)", antes cit. pags. 91 y ss. GARCIA MACHO, RICARDO. "Reserva de ley y potestad reglamentaria", antes cit. pags. 112 y ss. BALAGUER CALLEJON, FRANCISCO. "Fuentes del Derecho", Vol II, antes cit. pag. 107.

Fundamental y Fundamentadora de todo el orden jurídico, que como tal vincula directamente a todos los poderes públicos, incluido el legislativo (Arts. 9.1 y 53.1 CE).

Este carácter normativo que adquiere la Constitución, supone un "destronamiento de la ley" en la posición de absoluta supremacía que ocupaba en el orden liberal.<sup>82</sup> Condición indispensable de la validez de las leyes es su conformidad con los dictados constitucionales. En consecuencia, la voluntad de pueblo manifestada mediante leyes deja de mostrarse como todopoderosa y ominipotente, ya que se halla subordinada a la voluntad supralegal contenida en la Constitución.<sup>83</sup>

Este fenómeno repercute intensamente en el sentido de la reserva. La ley ya no se encuentra legitimada para determinar el rango de la normativa que ha de regular una específica materia. Esta es una decisión que corresponde ahora tomar a la Constitución. De esta forma, cuando el constituyente opte por confiar a la ley la regulación del ejercicio y la delimitación del contenido del derecho de propiedad, aquélla no podrá eludir la tarea que le ha sido encomendada efectuando una remisión en blanco a favor de la potestad normativa de

---

<sup>82</sup> Vid. PIZZORUSSO, ALESSANDRO. "Lecciones de Derecho Constitucional", Vol. II, antes cit. pags. 231 y 232. DIEZ PICAZO, LUIS MARIA. "Concepto de ley y tipos de leyes", antes cit. pags. 51 y ss. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, LUIS. "Constitución, Ley y Juez", antes cit. pags. 12 y ss. En palabras de este último autor "en el fuego cruzado de la Constitución como norma y como norma jurídica directamente aplicable, se produce el menguante de la ley; la ley zarandeada y la ley con escasa dosis de "auctoritas". En la misma línea argumentativa estima PEREZ ROYO, JAVIER ("Las fuentes del Derecho", antes cit. pags. 17 y 18) que el nuevo concepto de Constitución comporta la "reducción consiguiente de la ley".

<sup>83</sup> En los ordenamientos liberales, y debido fundamentalmente al carácter flexible de las Constituciones, la reserva de ley se muestra como una idónea garantía de los derechos fundamentales frente a la acción de un ejecutivo carente de legitimación democrática. Sin embargo, en la actualidad este efecto sólo puede ser conseguido si la reserva va dirigida al legislativo y si la Constitución es rígida y no flexible. El sustrato de estos razonamientos los proporciona HANS Kelsen, y son aplicados por la doctrina italiana a la materia que ahora nos ocupa. Así, Vid. FOIS, SERGIO. "Voce Legalità (Principio di)", antes cit. pag. 662. MANGIAMELI, STELIO. "La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali", antes cit. pag. 107. COCO, GIOVANNI SILVIO. "Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà", cit. pag. 189.

la que es titular el Gobierno.<sup>84</sup>

Desde este punto de vista, la reserva de ley ya no constituye solamente un límite frente a la acción normativa del Gobierno, sino que significa también un límite para el propio legislador,<sup>85</sup> quien, debido a la supremacía constitucional, carece de disponibilidad sobre la reserva legal en materia dominical, por mostrarse ahora como un poder constituido que ha de acatar las decisiones del poder constituyente respecto el rango de la normativa con la que se ha de regular una materia específica. Como nos enseña DE OTTO, "El efecto de la reserva es que la potestad legislativa resulta irrenunciable en la materia reservada".<sup>86</sup>

Siendo congruentes con lo hasta aquí dicho, la reserva de ley no representa para el legislativo un límite de carácter negativo, sino que, por el contrario, constituye una específica obligación positiva que exige su acción y comportamiento activo, respecto a las materias reservadas y entre ellas la propiedad. Es decir, la reserva legal es una obligación positiva impuesta por el constituyente a la ley, para evitar que ésta pueda sustraerse de regular el

---

<sup>84</sup> Al respecto Vid. ITALIA, VITORIO. "La delegificazione", Ed. Giuffrè, Milano 1992, pag. 13.

<sup>85</sup> DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes", antes cit. pag. 154. BASSOLS COMA, MARTIN. "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", en AA.VV. "La Constitución y las fuentes del Derecho", Vol. I, Ed. IEF, Madrid 1979, pags. 325 y 326. SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO. "Fundamentos de Derecho Administrativo", Vol I, antes cit. pag. 769. PUIG REBOLLO, MANUEL. "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", en RAP, núm. 125, Mayo-Agosto 1991, pag. 145. BAÑO LEON, JOSE MARIA. "Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)", cit. pag. 90. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley", cit. pag. 478. VILLACORTA MANCEBO, LUIS. "Aspectos de la reserva de ley en el sistema constitucional español", en AA.VV. "Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez". Tomo I. Derecho Público. Ed. Universidad de Cantabria. Facultad de Derecho 1993, pag. 539. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", cit. pag. 465.

<sup>86</sup> DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes", cit. pag. 152. Las mismas palabras las recoge igualmente VILLACORTA MANCEBO, LUIS. "Aspectos de la reserva de ley en el sistema constitucional español", antes cit. pag. 539.

fondo de una materia efectuando una remisión en blanco a favor de la potestad normativa del Gobierno.<sup>87</sup>

Así pues, cuando el constituyente exige que sea una ley quien proceda a la delimitación del contenido y regulación del ejercicio del derecho de propiedad, significa que la disciplina de esta materia ha de establecerse necesariamente en el seno del procedimiento legislativo, con todo lo que ello supone.<sup>88</sup>

Con esta última precisión queremos decir que la determinación del régimen jurídico dominical es una cuestión que constitucionalmente se confía al juego de las mayorías-minorías.<sup>89</sup> Al reservar a la ley la regulación del ejercicio y la delimitación del contenido

---

<sup>87</sup> MANGIAMELI, STELIO. "La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali", antes cit. pag. 108. Al respecto, BARNES VAZQUEZ, JAVIER. ("La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pag. 465), refiriéndose a la concreción de la función social afirma que la reserva de ley "no se resuelve en una potestad legislativa para el legislador, sino que, por contra se diseña una obligación constitucional como se desprende del propio precepto (Art. 33.2 CE)." Se trata de "necesidad de ley"; por lo tanto, lo que antes era una facultad ahora se ha convertido en un deber. Por alusiones a RUBIO LLORENTE, véase REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", cit. pag. 411.

<sup>88</sup> En este sentido, MORTATI, COSTANTINO. "Istituzioni di Diritto Pubblico", cit. pag. 343. DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes", antes cit. pag. 153. BAÑO LEON, JOSE MARIA. "Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. (Remisión normativa y reglamento en la Constitución de 1978", antes cit. pag. 25. LAMARCA PEREZ, CARMEN. "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española", en REDC, núm. 20 Mayo-Agosto 1987, pag. 110. REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", antes cit. pag. 409. A contrario, estima BALAGUER CALLEJON ("Fuentes del Derecho, Vol II, antes cit. pags. 107 y 108) que "El fundamento constitucional de la reserva de ley no es, por tanto (o no lo es sólo), el procedimiento legislativo. [...] Respecto de las fuentes con rango de ley, expresan también el sentido constitucional de la democracia, no tanto a través de la participación previa cuanto del control posterior." Por consiguiente, para BALAGUER "Sí es, sin embargo, una reserva de potestad legislativa, de tal modo que sólo esa potestad (ya sea ordinaria, de urgencia o delegada) puede intervenir en la normación de las materias reservadas a la ley".

<sup>89</sup> DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes", cit. pag. 153. TORNOS MAS JOAQUIN. "La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", en RAP, núms. 100-102, Vol I, Enero- Diciembre 1983, pags. 478 y 482.

del derecho de propiedad se garantiza la participación de las minorías, con lo cual se logra una mayor representatividad de las decisiones que al respecto puedan ser tomadas.<sup>90</sup>

Dando entrada al criterio sostenido por las minorías parlamentarias, se logran evitar las negativas consecuencias que podrían deducirse si se confiase exclusivamente a las mayorías las decisiones relativas a las materias reservadas.

El actual sistema de partidos políticos frecuentemente provoca que el Gobierno pueda verse respaldado con una mayoría parlamentaria que le permita dirigir e impulsar la acción del legislativo.<sup>91</sup> La identificación entre el grupo parlamentario mayoritario y el partido político en el Gobierno, podría permitir a éste gozar del apoyo suficiente para elaborar una hipotética disposición legal, cuyo único contenido fuese una remisión o habilitación en blanco para ejercitar su potestad normativa respecto a una materia cuya regulación quedase inicialmente reservada a la ley.

Si ello fuese así, las reservas legislativas serían disponibles totalmente para el Gobierno quien, al poderlas manejar a su antojo, estaría dotado de una amplísima potestad normativa que, utilizada abusivamente, no tardaría en convertir en normales las operaciones de deslegalización<sup>92</sup> y acabaría por transformar al Parlamento en una institución meramente

---

<sup>90</sup> CERVATI, ANGEL ANTONIO. "El legislador de los derechos fundamentales", antes cit. pags. 58 y 59.

<sup>91</sup> Para DE OTTO, "el sistema de partidos hace del Gobierno el elemento director y propulsor de la mayoría y en consecuencia lo pone en situación de obtener de ella una autonomía notable" (DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes", antes cit. pag. 153. En opinión de SANTAMARIA PASTOR, el ejecutivo "...instrumentaliza al Parlamento a través de la correa de transmisión del partido mayoritario..", Vid. SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO. "Fundamentos de Derecho Administrativo", Vol. I, antes cit. pag. 774.

<sup>92</sup> Conviene precisar aquí que utilizamos el concepto de deslegalización acuñado por el Tribunal Supremo en una línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia 16 Noviembre 1992 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 8939), donde se define la deslegalización como "la autorización al Gobierno para que

testimonial.

Por lo tanto, la reserva legal establecida por la Constitución actúa como límite frente a las eventuales operaciones de deslegalización<sup>93</sup> que podrían ser favorecidas por una ley aprobada con el apoyo del grupo parlamentario mayoritario, a su vez identificable con el partido en el Gobierno.

Es precisamente en este punto donde se halla la razón del por qué la existencia de la reserva de ley ya no se justifica en base al contraste entre la legitimidad democrática del poder parlamentario y la arbitrariedad del poder ejecutivo. Ambos órganos gozan de legitimidad democrática e integran las mayorías populares. Sin embargo, mientras que el Gobierno se identifica exclusivamente con las mayorías, en el Parlamento tienen igualmente cabida las minorías.<sup>94</sup>

Por este motivo, la reserva de ley ha explicarse ahora en base a la tensión existente

---

a través del ejercicio de su potestad reglamentaria pueda en el futuro disponer la regulación de tal materia anteriormente reglada por Ley ordinaria, a través del mecanismo de modificación o derogación de tal norma legal". Dicha definición se reitera en numerosas sentencias que nos es imposible citar aquí. Baste con señalar que en el año 1992 contabilizamos catorce resoluciones distintas en las que se recoge el concepto de deslegalización al que aludimos, mientras que en el año 1993 ese número se hace mucho más elevado, alcanzándose las sesenta y dos sentencias.

<sup>93</sup> En sentido simétrico al razonamiento expuesto, es reiterada jurisprudencia de Tribunal Supremo afirmar que "la técnica deslegalizadora tiene un límite: las materias constitucionalmente reservadas a la ley". Es imposible citar aquí un elenco exhaustivo de las innumerables resoluciones en las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido. Por este motivo, vamos a hacer referencia a las más recientes: SSTs 10 Mayo 1994 (Cont-Adm) Fto. Dcho 1º (RJA 3803), 17 Mayo 1994 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 3845), 17 Mayo 1994 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 3846), 24 Mayo 1994 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 3874), 31 Mayo (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 3885), 1 Junio 1994 (Cont-Adm) Fto. Dcho 2º (RJA 5122), 6 Junio 1994 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 5145), 28 Junio 1994 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 5270), 18 Julio 1994 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 6069), 19 Julio 1994 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 6075).

<sup>94</sup> BALAGUER CALLEJON, FRANCISCO. "Fuentes del Derecho", Vol II, antes cit. pag. 107.

entre mayorías y minorías. Ahora bien, pese a esta fundamental transformación, en la actualidad la reserva legal sigue siendo, como antaño, un mecanismo que desenvuelve su acción sobre la dialéctica política ejecutivo-legislativo. Es cierto que ya no se trata de la confrontación entre poder democrático-arbitrario, pero, en resumidas cuentas, sigue siendo la contraposición parlamento-ejecutivo, ahora sustentada sobre la dialéctica mayorías-minorías.

Esta manera de comprender la reserva de ley tiene, en nuestro entendimiento, beneficiosas y positivas consecuencias cuando se trata de concretar la función social de la propiedad privada. Como ya sabemos, éste es un principio que se presta a muy diversas interpretaciones de su sentido, dependiendo del punto de vista ideológico o político desde el cual se observe. Al dar entrada a las minorías se asegura que la determinación de las exigencias de la función social no va a responder unívocamente al criterio de la mayoría, sino que garantizará el mantenimiento del pluralismo político e ideológico en la adopción de este tipo de decisiones.

Por otra parte, el mantenimiento de la dialéctica política Gobierno-Parlamento, no es óbice para admitir que la superación del planteamiento de la reserva legal en términos de contraposición poder autoritario-poder legítimo ha influenciado muy intensamente en el papel que le corresponde desempeñar a la ley en la regulación del ejercicio y delimitación del contenido del derecho de propiedad.

En este sentido, la reserva de ley deja de ser un mecanismo que garantiza la propiedad libre frente a las ingerencias públicas arbitrarias, para convertirse en un instrumento que canaliza las intervenciones que permitan un desarrollo y ejercicio de las facultades dominicales acorde con la función social que se ha de cumplir en el actual Estado del

Bienestar.

Así, la ley se transforma en vehículo normal y formal a través del cual las restricciones y limitaciones del derecho de propiedad se hacen realidad, perdiendo su cualidad de barrera u obstáculo frente a las intervenciones estatales. En el Estado Social, la reserva de ley, al menos en materia de propiedad, no sólo se colorea con su habitual función de garantía, sino que adquiere los rasgos de un importante instrumento de transformación social que impide que se repitan las nefastas consecuencias a las que avocó el orden liberal.<sup>95</sup> Como señala RODOTA "la ley se ha convertido en un instrumento activo del proceso económico-social".<sup>96</sup> Desde esta clave interpretativa, se comprende cabalmente que el legislador ordinario, en tanto que conformador de la sociedad, se encuentra habilitado por la Constitución para llevar a cabo una profunda transformación económica-social, diferida a lo largo del tiempo.<sup>97</sup>

La reserva de ley pierde, pues, en el Estado Social la connotación liberal de garantía de inmutabilidad e intangibilidad de un orden fundado sobre el inescindible binomio libertad-propiedad.

En conclusión, estimamos que la reserva de ley en materia de propiedad cumple una triple funcionalidad.

---

<sup>95</sup> Sobre el nuevo sentido de la reserva legal en cuanto instrumento de transformación social, DE CABO MARTIN, CARLOS. "La crisis del Estado Social", antes cit. pag. 71. OLIVAS, ENRIQUE. "Problemas de legitimación en el Estado Social", en la obra colectiva del mismo nombre Ed. Trotta, Madrid 1991, pags. 12 y 13.

<sup>96</sup> RODOTA, STEFANO. "Commentario della Costituzione italiana", antes cit. pag. 90. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada", antes cit. pag. 299.

<sup>97</sup> BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pag. 184.



En primer lugar, reservar a la ley la regulación del ejercicio y la delimitación del contenido del derecho de propiedad por obra de la función social, supone un límite a la acción normativa del ejecutivo, quien no puede entrar a disciplinar los aspectos básicos de la regulación, tarea que corresponde en todo caso al legislativo.

En segundo lugar, la reserva de ley actúa también como una idónea garantía para limitar al máximo la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales. La función social no es una regla que pueda ser invocada *per se* por los jueces en los procesos judiciales. La determinación de las exigencias sociales para cada caso concreto es una labor cuya realización se atribuye por la Constitución al legislador.

Finalmente, la reserva de ley implica igualmente un límite a la libertad del legislador, quien no puede disponer de la potestad legislativa que se la ha encomendado, defiriendo a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado.

### **III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA RESERVA DE LEY.**

Una vez precisado el origen y la evolución de la reserva legislativa en materia de propiedad, resulta necesario interrogarse ahora, sobre cuál sea el fundamento de la opción constitucional por la técnica de la reserva.

La remisión que la Constitución de 1978 realiza a la ley para determinar las condiciones de ejercicio y delimitar el contenido del derecho de propiedad, se justifica desde la propia naturaleza de nuestro texto constitucional, que se caracteriza por ser una norma

abierta, incompleta e inacabada.<sup>98</sup>

En el proceso constituyente parece ya claro que la Constitución no dará una solución plena a los diferentes problemas ligados a la disciplina de la propiedad,<sup>99</sup> ya que se prescinde de regular importantes cuestiones particulares dejándolas abiertas, precisamente con la intención que sean resueltas en la libre confrontación política. Como nos muestra BARNES, "el constituyente por mucho que se esfuerce en normar un determinado derecho (en nuestro caso el derecho de propiedad) no dejará de ofrecer una definición condensada, urgida a la concrección o complitud que facilite su ejercicio".<sup>100</sup>

Por este motivo, en su Art. 33 la Constitución de 1978 contempla una disciplina verdaderamente abstracta y condensada de la propiedad privada.<sup>101</sup> Nuestra Norma Fundamental se limita a reconocer este derecho, otorgándole rango constitucional, garantizando su existencia y posibilitando la delimitación de su contenido por obra de la ley,

---

<sup>98</sup> Ha sido HESSE, KONRAD. ("Escritos de Derecho Constitucional", antes cit. pag. 12) quien ha resaltado el carácter abierto de las Constituciones al afirmar que su intención no es codificar sino únicamente regular aquello que parece importante y necesita determinación. Todo lo demás se confía al resto del ordenamiento jurídico para su confirmación y concretización. De ahí que de antemano la Constitución no pretenda carecer de lagunas ni siquiera ser un sistema cerrado. En la misma línea, STERN, KLAUS. "Derecho del Estado de la República Federal de Alemania", antes cit. pags. 255 y 256. SCHNEIDER, HANS PETER. "Democracia y Constitución", antes cit. pag. 73. RUIPEREZ ALAMILLO, JAVIER. "La Constitución como norma jurídica", ya cit. pags. 16 y ss. NOVOA MONREAL, EDUARDO. "El derecho de propiedad privada", antes cit. pag. 69.

<sup>99</sup> De manera similar para el proceso constituyente italiano, RODOTA, STEFANO. "Commentario della Costituzione italiana", antes cit. pag. 104. Idem "El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada", cit. pag. 317.

<sup>100</sup> Vid. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pag. 186.

<sup>101</sup> En esta línea, GARCIA PELAYO ("Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", cit. pag. 33) destaca también la falta de concrección en la disciplina constitucional de la propiedad privada cuando estima que "La Constitución reconoce la propiedad privada [...] pero no especifica las formas concretas que puede tomar esa propiedad, ni los bienes que han de ser objeto de ella."

que en todo caso deberá atender a las exigencias planteadas por la función social.<sup>102</sup>

La Constitución, por lo tanto, sólo traza las paredes y las directrices generales que deben regir y presidir el régimen jurídico dominical. De ahí, que desde la propia naturaleza del texto constitucional, la remisión a la ley aparezca como imprescindible. La misión que le incumbe al legislador es concretar esa regulación constitucional abstracta y genérica para cada caso específico en el que se ejercite el derecho de propiedad, correspondiéndole, por lo tanto, la labor de pasar de lo abstracto a lo concreto, de lo general a lo singular.

#### **IV. RANGO DE LA RESERVA LEGISLATIVA EN MATERIA DE PROPIEDAD.**

Si de la dicción literal de los Arts. 33.2 y 53.1 CE es fácilmente deducible la existencia de la reserva legal en materia de propiedad, lo que ya no es tan sencillo de determinar, partiendo de la letra de las citadas disposiciones, es el rango que ha de revestir la ley a la que remite la Constitución.

En primer término, es necesario tener en cuenta que la Constitución configura un sistema de gobierno que se define como parlamentario y que se apoya en el principio de legitimidad democrática. El Art. 1.2 CE. deposita la soberanía nacional en el pueblo, la cual se manifiesta a través del ejercicio de la potestad legislativa que el Art. 66.2 CE atribuye a los representantes parlamentarios que, habiendo sido legítima y democráticamente elegidos, constituyen las Cortes Generales.

---

<sup>102</sup> En sentido análogo, y para el derecho de huelga se ha pronunciado el TC en ST. 11/1981 de 8 de Abril (Fto. Jco. 7º) cuando estima que *"la Constitución lo que hace es reconocer el derecho de huelga, consagrarlo como tal derecho, otorgarle rango constitucional y atribuirle las necesarias garantías."*

En consecuencia, la ley es reflejo de la voluntad de un pueblo que se expresa mediante sus representantes en las Cortes. No en vano, el Art. 66.1 CE dispone que las Cortes Generales representan al pueblo español.

Desde esta perspectiva, es entonces razonable que la ley, como forma de expresión de la voluntad del pueblo representado en las Cortes, sea situada por la Constitución en una posición de supremacía,<sup>103</sup> viéndose solamente sometida a la preeminencia de este Texto Fundamental.<sup>104</sup>

En este entendimiento, si la ley es expresión de la voluntad popular, su supremacía se impone a cualquier otra manifestación normativa del Ejecutivo, sin que pueda éste, en ausencia de delegación legislativa, alterar o modificar el contenido de la disposición legal.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> GOMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL. "La potestad reglamentaria del gobierno en la Constitución", en "La Constitución y las fuentes del Derecho", Vol. I, Ed. IEF, Madrid 1979, pag.120. En palabras de BASSOLS ("Diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", antes cit. pag. 324) la fundamentación del principio de la supremacía de la ley es deducible de la propia Constitución. Dos principios cardinales avalan esta estructura: el reconocimiento de la titularidad del poder político en el pueblo (Art. 1.2 CE) y la articulación de la organización del ejercicio del poder político conforme al modelo del régimen parlamentario (Art. 1.3 CE).

<sup>104</sup> Lo puesto de relieve puede resumirse en las siguientes palabras pronunciadas por el Tribunal Constitucional en STC 29/1982 de 31 de Mayo (Fto. Jco. 1º): *"La CE, en su art. 66, determina taxativamente que las Cortes Generales representan al pueblo español y ejercen la potestad legislativa del Estado. Esta declaración constitucional, pilar sobre el que se cimenta el régimen democrático y parlamentario hoy vigente en España, conlleva: a) el reconocimiento indiscutible de que las Cortes Generales son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario, b) la primacía de la Ley, norma sancionada y promulgada por el Rey (art. 62), en cuanto expresión de la voluntad soberana del pueblo representado por las Cortes, únicamente sometida a la supremacía de la Constitución; y c) que en el proceso ordinario de elaboración de las leyes, la Constitución reconoce al Gobierno la iniciativa legislativa, que comparte con el Congreso y el Senado en su ejercicio directo, así como con la iniciativa popular ejercitada en los términos establecidos en el art. 87 de la CE"*.

<sup>105</sup> BASSOLS COMA, MARTIN. "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", antes cit. pag. 325.

Consiguientemente, la esencia del régimen parlamentario descansa en la supremacía constitucional del legislativo, en cuanto el Parlamento es el depositario orgánico de la soberanía.<sup>106</sup> Por este motivo, es normal entender que cuando la Constitución alude a la ley se refiere a la norma en cuanto producto del ejercicio de la potestad legislativa que reside en el Parlamento.

En definitiva, de una interpretación del Art. 33.2 CE que tenga en cuenta el sistema de producción legislativa recogido por nuestra Norma Fundamental (Art. 66), se deduce que la alusión a las leyes que efectúa el citado precepto no puede ser comprendida en sentido genérico o material como sinónimo de "disposiciones normativas".<sup>107</sup> Estimamos que el párrafo 2º del Art. 33 CE no remite a la ley con el ánimo de comprender bajo esta categoría todo tipo de disposición normativa, tenga o no rango legal formal. Por el contrario, el citado precepto se refiere a las leyes en sentido formal, a las disposiciones normativas que, por ser fruto del ejercicio de la potestad legislativa que el Art. 66.2 CE otorga a las Cortes, tengan el rango de ley formal.

Por esta razón, las disposiciones normativas que no tengan el rango de ley formal carecen de legitimación constitucional para abordar la regulación del régimen jurídico general del derecho de propiedad. Ha de entenderse, pues, que la reserva constitucional se dirige, en todo caso, a la ley ordinaria. Ello quiere decir que la competencia para regular el ejercicio y delimitar el contenido del derecho de propiedad, corresponde al legislador ordinario, que es el destinatario de la reserva constitucional.

---

<sup>106</sup> Ibidem. Supra.

<sup>107</sup> MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", ya cit. pag. 153. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", cit. pag. 91, nota 1.

Sin embargo, algunos autores han llegado a cuestionar y poner en duda esta tesis que parece ser de aceptación generalizada.

Para ciertos sectores doctrinales<sup>108</sup> sería conveniente que el régimen jurídico dominical se regulase por ley orgánica, ya que en la actualidad la remisión constitucional a la ley ordinaria, representa una débil garantía en la determinación de las condiciones del ejercicio del derecho de propiedad.

La debilidad garantística de la reserva de ley ordinaria se fundamenta en el dato de que la mayoría reforzada exigida por el Art. 81 CE para la aprobación de las leyes orgánicas, aseguraría totalmente la participación de los grupos minoritarios en la elaboración de las leyes que afectaran a un derecho tan trascendente como la propiedad.<sup>109</sup> Con la exigencia de la mayoría absoluta y no sólo la mayoría simple, se lograría una total identificación entre la voluntad popular y el contenido de las disposiciones legislativas que regulasen el derecho de propiedad.

Otros autores, como PEREZ LUÑO, estiman que la ley a la que se refiere el Art. 33.2 CE ha de ser necesariamente ley formal y orgánica, porque consideran que la propiedad es

---

<sup>108</sup> En caso análogo y para la Constitución italiana BALDUZZI, RENATO y SORRENTINO, FEDERICO. Voz "Riserva di legge", antes cit. pag. 1222.

<sup>109</sup> En la intención de facilitar la participación de las minorías en los procesos legislativos y, de esta manera, evitar que las leyes obedezcan a los dictados unilaterales del grupo en el poder, se justifica el recurso de nuestro último constituyente a la figura de la ley orgánica. Así, FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON. "Las Leyes Orgánicas y el Bloque de la Constitucionalidad", Ed. Cívitas, Madrid 1981, pag. 29, estima que "para llenar los espacios en blanco que entonces se dibujan (se refiere al proceso constituyente) era imprescindible articular la exigencia de un quorum reforzado que cerrara el paso a eventuales maniobras unilaterales del grupo en el poder".

un derecho fundamental *stricto sensu*.<sup>110</sup> El ilustre filósofo del Derecho esgrime como apoyo a su tesis que la Constitución española de 1978 define como fundamentales a todos los derechos y deberes contenidos en su Título I (en donde también se incluye la propiedad), al referirse a ellos mediante la utilización de la rúbrica "De los derechos y deberes fundamentales". Además, se continúa argumentando, cuando la Constitución recoge la garantía de la propiedad privada lo hace bajo la rúbrica del Capítulo IV del Título I que alude a las garantías de las libertades y derechos fundamentales.<sup>111</sup>

Aunque sugestivas y de resultados francamente drásticos, estimamos que tales teorías no son del todo convincentes en los fundamentos y argumentaciones que les sirven de apoyo.

Coincidimos con la doctrina mayoritaria en entender que la reserva legislativa en materia de propiedad, contenida en los Arts. 33.2 y 53.1 CE, ha de ser conceptuada, en todo caso, como una reserva de ley ordinaria y nunca como una remisión a las leyes orgánicas, ni tampoco a disposiciones legislativas genéricamente consideradas.

El rechazo de la extensión de la reserva de ley orgánica para el desarrollo y

---

<sup>110</sup> Esta conclusión parece extraerse de la lectura del texto en el que PEREZ LUÑO aborda esta cuestión. Sin embargo, es en una nota a pie de página donde ya se manifiesta la duda de si la propiedad privada ha de ser regulada por ley ordinaria u orgánica. Vid. PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. "Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución", Ed. Tecnos, Madrid 1991, pag. 420, nota 73. Del mismo autor, "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo III, Art. 33, antes cit. pag. 409, nota 73. Estas ideas son recogidas igualmente por LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", cit. pag. 91.

<sup>111</sup> Para un estudio más amplio sobre esta postura, PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. "Los derechos fundamentales", antescit. pags. 72 y 73. Idem. "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", antes cit. pags. 418 y 419. Finalmente, del mismo autor "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo III, Art. 33, antes cit. pags. 406 y 407. En este mismo entendimiento, véase igualmente, PUY MUÑOZ, FRANCISCO. "Los derechos humanos", Vol I. Derechos económicos, sociales y culturales. Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1985, pags. 101 y ss. En sentido contrario y de acuerdo con la postura que nosotros sustentamos, HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "La propiedad privada y su función social en la Constitución", cit. pag. 69.

delimitación del contenido del derecho de propiedad, viene a fundamentarse, entre otros, en los siguientes datos:

1º. A diferencia de lo que sucede con las leyes ordinarias y los reglamentos, la Constitución recoge explícitamente un catálogo de materias cuyo desarrollo queda reservado a ley orgánica. Según el Art. 81.1 CE estas materias son: el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, la aprobación de los estatutos de autonomía, el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

La posibilidad de incorporar la propiedad privada al ámbito de la reserva ley orgánica acotada por el Art. 81.1 CE resulta claramente descartada a través de su eventual asimilación a materias como el régimen electoral general o la aprobación de los estatutos de autonomía. Incorporación que igualmente ha de ser rechazada si se pretende llevar a cabo mediante el recurso a la cláusula abierta "las demás previstas en la Constitución", pues en ningún lugar de su articulado la Constitución reserva a la ley orgánica la regulación del derecho de propiedad y las vicisitudes de su ejercicio.

Sin embargo, frente a esta claridad meridiana, la cuestión de la inclusión de la propiedad privada en las materias reservadas a la ley orgánica por el Art. 81.1 CE deja de ser pacífica en la doctrina, cuando se trata de llevarla a cabo mediante su asimilación al ámbito material del desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas.

A nuestro modo de ver, la respuesta a este interrogante ha de ser negativa, porque, frente a la opinión de autores como PEREZ LUÑO<sup>112</sup>, PUY<sup>113</sup> o REY MARTINEZ<sup>114</sup>,

---

<sup>112</sup> PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. "Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución", antes cit. pag. 420. Idem. "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo III, Art. 33, antes cit. pag. 409.



no consideramos posible que desde la perspectiva constitucional se pueda otorgar a la propiedad privada la cualidad de derecho fundamental en sentido estricto.

Desde la perspectiva sistemática-formal, en ningún lugar del articulado de nuestra Constitución se afirma explícita o implícitamente que la propiedad sea un derecho fundamental. Por consiguiente, es razonable pensar que si el constituyente hubiera querido otorgar a la propiedad privada la naturaleza de derecho fundamental, expresamente lo habría dispuesto, declarándolo como tal.

Además, nuestra Norma Fundamental ignora a la propiedad privada cuando enuncia los derechos fundamentales e inviolables de la persona en la Secc. 1ª del Capt. 2º del Tit. I. Arts 14-29, incluido también el derecho a la objeción de conciencia Art. 30.2, desplazándola de este ámbito<sup>115</sup> para ubicarla en el Art. 33 bajo la Secc. 2º del Capt. 2º del Tit. I, siendo así parte integrante de lo que la doctrina alemana había denominado Constitución Económica (WIRTSCHAFTSVERFASSUNG)<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> PUY MUÑOZ, FRANCISCO. "Los derechos humanos", Vol. I, antes cit. pags. 101 y ss.

<sup>114</sup> REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", antes cit. pags. 140 y 141, en donde rotundamente se afirma que "El derecho de propiedad privada es un derecho fundamental".

<sup>115</sup> Tendiendo presente el paralelismo existente entre nuestra Constitución y la italiana, podemos traer en este punto a colación las afirmaciones de RODOTA, según las cuales, "la propiedad queda separada del número de situaciones protegidas con la calificación de inviolabilidad y colocada en un Título en que tal atributo no parece ya de forma coherente con la opción a favor de un criterio de selección de intereses muy diferentes que permite garantizar el predominio del interés social sobre el individual. Vid. RODOTA, STEFANO. "Commentario della Costituzione", antes cit. pag. 118. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada", antes cit. pag. 333. En términos similares, LUCARELLI, FRANCESCO. "La proprietà pianificata", antes cit. pags. 202 y 203.

<sup>116</sup> El primero en utilizar el concepto fue EUCKEN, (Cuestiones fundamentales de la Economía Política, Madrid 1947.) quien la define como "la discusión total sobre la vida económica de una comunidad". (pag. 79). GARCIA PELAYO estima que la Constitución Económica es "el conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica" ("Algunas consideraciones sobre las cláusulas económicas

En nuestra opinión, no hay duda de que desde la perspectiva sistemática y formal, el derecho de propiedad privada no forma parte del catálogo de derechos fundamentales que recoge nuestra Carta Magna, sino que constituye un elemento esencial de la Constitución Económica. Tradicionalmente, el centro de gravedad del sistema económico lo ha constituido la propiedad privada, que ha sido, y sigue siendo, piedra angular y base primordial sobre la que se desarrolla la totalidad de la estructura social y el funcionamiento del sistema económico.<sup>117</sup>

En efecto, la disciplina constitucional del derecho de propiedad incide directamente en la estructura social, a la vez que repercute en el desenvolvimiento de la actividad económica.<sup>118</sup> Si además, se tiene presente que la Constitución Económica la integran los derechos de carácter social y de contenido prioritariamente económico, es obvio que la propiedad privada deberá ser considerada como parte integrante de la WIRTSCHAFTVERFASSUNG al mostrarse como un derecho con una acentuada dimensión

---

de la Constitución" antes cit. pag. 21). Por su parte, BASSOLS piensa que "la Constitución Económica la integran aquellos derechos de naturaleza económica que tienen directa o indirecta relación con el proceso económico y legitiman a sustitulares a participar en el mismo", ("Constitución y sistema económico", antes cit. pag. 109). A su vez, PEREZ LUÑO afirma que "la Constitución Económica se concreta en una serie de principios y normas que definen el sistema económico. fijando sus metas, determinando las reglas de su funcionamiento, y las formas de actuación de los distintos sujetos económicos", ("Los derechos fundamentales", antes cit. pag. 188).

<sup>117</sup> En este sentido, LUCAS VERDU, estima que el régimen de la propiedad es una institución básica en la organización socio-económica de un pueblo. Al respecto Vid. LUCAS VERDU, PABLO. en AA.VV. "Constitución española. Edición comentada" Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1979, pag. 94. Asimismo PEREZ LUÑO, ANTONIO E. "Los derechos fundamentales", antes cit. pag. 188. BASSOLS COMA, MARTIN. "Constitución y sistema económico" antes cit. pag. 109.

<sup>118</sup> Como ha puesto de relieve RODOTA ("Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 371) el derecho de propiedad constitucional se halla en el mismo sistema nervioso de la Constitución Económica. En el mismo sentido, convenimos en afirmar con HERNANDEZ GIL que "la propiedad privada presupone y determina al mismo tiempo una organización política económica concreta. Entre los distintos institutos jurídicos, la propiedad es ciertamente uno de los que más refleja los cambios de las condiciones económicas y sociales". En la misma forma de pensar Vid. BASSOLS COMA, MARTIN. "Constitución y sistema económico", antes cit. pag. 140.

social y económica.

Las conclusiones obtenidas desde la perspectiva sistemática-formal pueden y deben ser refrendadas cuando se observan las garantías que la Constitución establece para los derechos fundamentales y para la propiedad privada.<sup>119</sup>

La garantía material del contenido esencial recogida en el Art. 53.1 CE es un ejemplo que subraya la diferente posición que en nuestro ordenamiento jurídico ocupan propiedad y derechos fundamentales *stricto sensu*.

Ante esta afirmación se nos podría objetar que la garantía del contenido esencial juega tanto para la propiedad privada como para los derechos fundamentales y, por esta razón, no puede ser motivo de diferenciación<sup>120</sup>. Sin embargo, creemos que en la práctica existen diferencias relevantes que individualizan la funcionalidad atribuible a esta garantía en cada uno de los casos.

En la propiedad privada, la garantía del contenido esencial muestra una cierta tendencia hacia la relativización, pues la barrera que representa y que normalmente no puede ser traspasada por el legislador, puede ceder cuando concurren ciertos intereses sociales o

---

<sup>119</sup> Dichas conclusiones no sólo pueden, sino que deben ser refrendadas, porque la calificación como fundamental o no de un derecho constitucional no ha de reducirse exclusivamente al estudio de cuál sea su ubicación sistemática en el marco constitucional, ya que, junto al dato sistemático, existen otros muchos factores cuya consideración se hace imprescindible. En este sentido, opina PRIETO SANCHIS ("Comentarios a la Leyes Políticas". Tomo VI, art. 53, cit. pag. 438.) que "el propio concepto de derechos fundamentales, en un determinado ordenamiento jurídico, depende del sistema y de la amplitud de las garantías que éste ofrezca".

<sup>120</sup> De esta opinión parece ser REY MARTINEZ, FERNANDO ("La propiedad privada en la Constitución española", antes cit. pag. 141) quien señala entre los motivos que le llevan a considerar a la propiedad privada como un derecho fundamental el hecho de que el legislador debe respetar, por mandato del art. 53.1 CE su contenido esencial.

públicos a los que el ordenamiento otorga tutela preferente, con arreglo a las circunstancias del caso concreto, mediante el acatamiento del procedimiento oportuno y la satisfacción de la correspondiente indemnización (Art. 33.3 CE).

A diferencia de ello, en el caso de los derechos fundamentales *stricto sensu*, el contenido esencial representa una garantía de carácter absoluto que no cede ante la concurrencia de ningún otro tipo de interés. Por muy lícito que se pretenda el interés social o público de la colectividad, en ningún caso podrá éste legitimar actuaciones privativas o expropiatorias de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos. Respecto la propiedad privada, la indemnización representa para el titular dominical un forma de tutela plenamente eficaz, pero la manera de garantizar la personalidad individual no puede consistir solamente en la atribución de una suma de dinero.<sup>121</sup>

Esta diferenciación que se aprecia entre propiedad privada y los derechos fundamentales observando el funcionamiento de la cláusula contenido esencial en su vertiente de garantía material, vuelve a reproducirse cando se trata de la tutela jurisdiccional que la Constitución articula ante las evuntuales ataques o limitaciones que puedan sobrepasar la barrera que representa la esencia del derecho en uno y otro caso.

Mientras que ante una posible vulneración del contenido esencial de la propiedad privada, la máxima defensa que cabe es la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por quien esté legitimado para ello (Presidente del Gobierno, Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, órganos ejecutivos colegiados de las CCAA y Asambleas de las mismas. Arts. 53.1 y 161.1a) CE), ante una enventual violación del contenido esencial

---

<sup>121</sup> COSTANTINO, MICHELE. "Propietarios y sujetos interesados el uso social de los bienes", antes cit. pag. 229.

de los derechos fundamentales también es posible la interposición del correspondiente recurso de amparo por la propia persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo (Arts. 53.2 y 162.1b) CE).<sup>122</sup>

Por todas las razones apuntadas preferimos calificar a la propiedad como derecho constitucional básico jurídicamente tutelado, pero no fundamental *stricto sensu*.<sup>123</sup> Por esta misma causa debemos concluir que la propiedad privada no puede incorporarse al conjunto de materias reservadas a la ley orgánica por el Art. 81.1 CE, porque, descartadas las restantes posibilidades (aprobación estatutos de autonomía, régimen electoral general y demás materias previstas en la CE), finalmente tampoco puede hacerlo por la vía de su asimilación a lo que el citado precepto denomina derechos fundamentales y libertades públicas.

2º. La reserva de ley orgánica ha de ser interpretada restrictivamente.

Ya en los primeros momentos del desarrollo de su actividad interpretativa de la Constitución, el Tribunal Constitucional había resaltado que la Ley orgánica supone una norma jurídica excepcional a la que no debe acudir en forma innecesaria, ya que nuestra Norma Fundamental ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previniendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo

---

<sup>122</sup> En varios de sus pronunciamientos, el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de manifestarse a este respecto, coincidiendo en excluir a la propiedad privada del ámbito de los derechos protegibles mediante la interposición de un recurso de amparo. En congruencia con ello, el Alto Tribunal también rechaza que la propiedad privada pueda ser objeto de tutela jurisdiccional mediante la Ley 68/1978 de 26 de Diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales. Sobre esta cuestión Vid, entre otras, SSTs. 21 Marzo 1983 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 1558), 18 Septiembre 1989 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 6344), 9 Mayo 1990 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 1º (RJA 6389).

<sup>123</sup> Así se expresa también el Proyecto de Código Penal de Septiembre de 1992 en sus pags. 22 y 23.

basada en mayorías cualificadas o reforzadas. (STC. 5/1981 de 13 de Febrero, Fto. Jco 21º).<sup>124</sup> En el mismo sentido, TOMAS RAMON FERNANDEZ estima que las leyes orgánicas constituyen una excepción a los principios esenciales de un sistema democrático, y como tal excepción deben ser tratadas.<sup>125</sup>

El carácter excepcional de las Leyes Orgánicas confirma la imposibilidad de extender su aplicación a supuestos o a momentos no comprendidos expresamente en ellas, por contravenir la prohibición de aplicación analógica de las normas excepcionales sentada por el Art. 4.2 Cc. Precisamente por ello, hay que calificar como carente de fundamento toda tesis que pretenda la extensión de la reserva de ley orgánica más allá de las materias comprendidas en el Art. 81 CE y, en concreto, al derecho de propiedad.

3º. Admitir la conveniencia de sujetar el régimen jurídico de la propiedad privada a una reserva de ley orgánica podría suponer una contravención frontal con el modelo de Estado asumido por la Constitución de 1978 en su Art. 1º que define a España como un Estado Social Democrático y de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad y la igualdad.<sup>126</sup>

Siguiendo con esta lógica, en el mismo Título Preliminar, el Art. 9.2 CE dispone que

---

<sup>124</sup> Literalmente afirma el Alto Tribunal en la referida sentencia y en ese mismo Fto. Jco.: "[...] nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas."

<sup>125</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON. "Las Leyes Orgánicas y el Bloque de la Constitucionalidad", cit. pag. 38.

<sup>126</sup> Ha sido HERNANDEZ GIL quien ha puesto de relieve que "la superación del viejo esquema de la libertad e igualdad formalmente entendidas, para dotarlas de una dimensión material, es uno de los principales rasgos definidores del modelo de Estado Social, Democrático y de Derecho instaurado por la Constitución en su Art. 1º". Cfr. HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "La propiedad privada y su función social en la Constitución", antes cit. pag. 22.

es obligación de los poderes públicos el promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan su plenitud.

En este sentido, si se admitiese la regulación por ley orgánica del derecho de propiedad, este se convertiría en un impedimento que los poderes públicos difícilmente podrían remover en la consecución de la libertad e igualdad reales y efectivas y que, en todo caso, contravendría el principio fundamental constitucional recogido en el Art. 9.2 CE. La regulación orgánica de la propiedad podría convertirse en fuente de situaciones patrimoniales de ventaja fundamentales, absolutas e inviolables que los poderes públicos, en virtud del citado mandato constitucional, deberían remover, porque constituirían inequívocos obstáculos a una realización efectiva de la libertad e igualdad.<sup>127</sup>

En suma, no es conveniente entender que el desarrollo del derecho de propiedad sea llevado a cabo por ley orgánica, ya que conduciría a un vaciamiento de márgenes de maniobra para aquellos poderes que están encargados de la procura material de los fines sociales claramente respaldados por nuestra Norma Fundamental.

Desde este ángulo, es indudable que la exigencia de una mayoría reforzada para la aprobación de la ley reguladora del derecho de propiedad, supondría una insalvable dificultad en orden a lograr una adecuada concreción de las exigencias sociales que en cada caso concreto deben ser realizadas por el propietario en el ejercicio de su correspondiente derecho. Si fuera así efectivamente, la ley orgánica se erigiría en un importante obstáculo a la función

---

<sup>127</sup> Igualmente, COSTANTINO, MICHELE en "Propietarios y sujetos interesados en el uso social de los bienes", antes cit. pag. 231, cuando efectúa una interpretación conjunta del Art. 42 de la Constitución italiana en relación con el Art. 3.2 del mismo texto legal, que es el precepto que cumple una misión análoga a la que desempeña en nuestra Norma Fundamental el Art. 9.2.

social que, en nuestro sistema, ha de cumplir el derecho de propiedad.

4º. Reservar a la ley orgánica la regulación del ejercicio del derecho de propiedad supondría una aguda petrificación de su disciplina jurídica que impediría su evolución al compás de las siempre cambiantes circunstancias propias del Estado Social de nuestro tiempo, porque para introducir alguna modificación en ese régimen en todo caso sería necesario otra posterior ley orgánica. Ello plantearía la exigencia de una mayoría absoluta que es probable que fuese difícil de obtener en el momento en que se pretenda efectuar la modificación.

De esta forma, la mayoría cualificada que se requiere para la aprobación de la Ley Orgánica supondría un importante obstáculo a los cambios y modificaciones, que a su vez generaría el distanciamiento entre la disciplina jurídica del derecho de propiedad y la realidad social a la que habría de ser aplicada.

5º. La exigencia de una mayoría reforzada para la aprobación de las leyes que afecten a la propiedad, no conlleva necesariamente un fortalecimiento de la participación de los grupos minoritarios. El efecto de la reserva de ley ordinaria es que la potestad legislativa resulta irrenunciable en la materia reservada,<sup>128</sup> con lo cual se está asegurando plenamente que las disposiciones legislativas en materia dominical sean el resultado de la discusión y debate parlamentario, en el que las minorías expongan su parecer y traten de convertirlo en mayoritario, mediante la utilización de argumentos más o menos convincentes.

Por consiguiente, no es necesario acudir a la ley orgánica para preservar la

---

<sup>128</sup> DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "Derecho constitucional. Sistema de fuentes", antes cit. pag. 152.



participación de las minorías en la toma de decisiones que afecten a la propiedad, porque la reserva de ley ordinaria constituye ya un sólido obstáculo frente a las operaciones de deslegalización que pudieran ser favorecidas por la identificación entre el partido en el gobierno y el grupo parlamentario mayoritario.

Cuestión distinta de la participación de las minorías en la decisión que dé lugar a la elaboración de una ley es la posibilidad de que el criterio o parecer minoritario sea recogido efectivamente en el contenido de las disposiciones legislativas que afecten a la propiedad.

En estas hipótesis, la reserva de ley orgánica tampoco aporta una garantía de mucho mayor intensidad que la que ya se deriva de la ley ordinaria. Respecto esta última, cabe decir que sería suficiente que el grupo parlamentario del partido político en el gobierno reuniese un número de votos equivalente a la mayoría simple, para que la ley aprobada no responda al parecer minoritario de los restantes grupos parlamentarios.

Sin embargo, en el caso de que la reserva fuese de ley orgánica, la posibilidad de que este tipo de fenómeno acontezca es sólo relativamente menor, porque ahora no sería suficiente la mayoría simple, sino la absoluta. El grupo parlamentario del partido en el gobierno necesitaría un mayor número de votos que es posible no pueda alcanzar solamente con sus propios miembros, por lo que sería inevitable acudir a solicitar el apoyo de otros grupos parlamentarios.

Pese a ello, seguimos manteniendo que, en este caso, la garantía que supone la reserva de ley orgánica no resulta mucho más intensa que la derivada de la reserva de ley ordinaria. Las razones las podemos encontrar en la propia experiencia española. Durante varias legislaturas el partido político en el gobierno ha gozado del apoyo de la mayoría absoluta de

su grupo parlamentario, por lo que hubiese sido perfectamente posible promulgar una ley orgánica cuyo contenido no acogiese en lo más mínimo el parecer de los restantes grupos parlamentarios de carácter minoritario.

Se nos podría objetar que en la actualidad esta situación ha desaparecido, ya que el grupo parlamentario del partido en el gobierno ha perdido la mayoría absoluta y, por lo tanto, carece de los votos suficientes para aprobar una posible ley orgánica que obedezca únicamente a su parecer, por lo que tendrá que buscar el apoyo de otros grupos parlamentarios, dándose así entrada a criterios o puntos de vista en la materia sobre la que se pretende promulgar la correspondiente ley orgánica. Empero, que se produzca esta situación no implica necesariamente que la ley orgánica incorpore los criterios propios de los grupos minoritarios, porque la identificación del grupo parlamentario mayoritario y el gobierno facilita la realización de pactos o transacciones de los que normalmente se derivan importantes beneficios o ventajas para el grupo minoritario que a menudo se muestran como irresistible tentación para renunciar a los propios criterios.

En conclusión, la extensión a la propiedad privada de la mayoría reforzada exigida para la aprobación de una ley orgánica no garantiza más intensamente la incorporación efectiva del parecer minoritario en las decisiones jurídico-políticas que afecten a esta materia. Nuestro sistema parlamentario y democrático debe asegurar la participación de las minorías en el debate previo a la aprobación de las leyes (tanto ordinarias como orgánicas) pudiendo exponer sus opiniones, discutir, e intentar convencer a las mayorías para que cedan en sus posturas iniciales. Ahora bien, ya no es cometido suyo asegurar que el parecer minoritario pueda hallar efectiva respuesta en el contenido de la ley que se elabora. Si las minorías no consiguen convencer utilizando medios que conviertan a sus argumentos en atractivos para las mayorías, ha de ser el criterio sustentado por éstas el que se imponga, porque es el que representa a

un mayor número de ciudadanos.

Resumiendo, la exigencia de un porcentaje adicional de votos para la aprobación de las leyes orgánicas y su extensión a la propiedad privada reduce las posibilidades de cambio de un derecho especialmente sensible a la realidad socio-política y económica, limita el libre juego del principio de igualdad y de otros valores sociales cuya realización es un objetivo fundamental para la Constitución, y sobre todo denota desconfianza en el legislador ordinario, a quien se tiende a presentar como sospechoso permanente, con lo cual se socavan los fundamentos mismos del sistema que, faltando esa *fiducia*, no puede funcionar ya correctamente.<sup>129</sup>

## V. ALCANCE DE LA RESERVA DE LEY.

### 1. CRITICA A LA DIFERENCIACION RESERVA ABSOLUTA-RELATIVA.

Determinar el alcance de la reserva legal contenida en los Arts. 33.2 y 53.1 CE.<sup>130</sup> consiste en precisar la intensidad del vínculo que la Constitución establece sobre el legislador ordinario. Dicho de otro modo, se trata de medir el margen de actuación que corresponde a

---

<sup>129</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON. "La leyes orgánicas y el bloque de constitucionalidad", cit. pag. 34.

<sup>130</sup> Nos vamos a centrar únicamente en la determinación del alcance vertical de la reserva de ley en materia dominical. Nos preocupa la delimitación de las relaciones existentes entre la ley y otras disposiciones normativas de rango infralegal. Ahora bien, siendo todas ellas de aplicación en la totalidad del territorio nacional. La precisión del alcance horizontal de la reserva legal es un fenómeno que surge como consecuencia de la aparición del Estado de las Autonomías y la subsiguiente pluralidad de centros de producción legislativa. En este punto, de lo que se trataría sería de analizar las relaciones entre las leyes de ámbito nacional y autonómico en materia dominical, así como clarificar la posible competencia que puedan tener las Asambleas Legislativas autonómicas en la regulación del ejercicio y delimitación del contenido del derecho de propiedad por obra de la función social.

la ley y a las disposiciones de rango infralegal en materia dominical.<sup>131</sup>

A esta cuestión se ha referido la doctrina (especialmente en Italia) trayendo a colación la distinción conceptual entre reserva de ley absoluta y relativa.<sup>132</sup>

No obstante, sin despreciar el criterio sostenido mayoritariamente por tan prestigiosos autores, estimamos que la diferenciación conceptual entre reserva absoluta y relativa, no facilita las cosas a la hora de determinar el alcance de la reserva legal en materia dominical, sino que supone una dificultad añadida, derivada de incurrir en precisiones terminológicas de escasa utilidad práctica.

---

<sup>131</sup> LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 94. Del mismo autor, "Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral", antes cit. pag. 242. VILLAR PALASI, JOSE LUIS y VILLAR EZCURRA, JOSE LUIS. "Principios de Derecho Administrativo", Tomo. I, antes cit. pag. 94. LAMARCA PEREZ, CARMEN. "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española", cit. pag. 110. SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO. "Fundamentos de Derecho Administrativo", Vol I, antes cit. pags. 783 y 784.

<sup>132</sup> Hacen referencia a la distinción del carácter absoluto o relativo de la reserva legal, entre otros autores, ZAGREBELSKY, GUSTAVO. "Manuale di Diritto Costituzionale", Ed. UTET, Torino, 1987, pags. 54 a 57. SANDULLI, ALDO M. "Profili costituzionali della proprietà privata", antes cit. pags. 354 y ss. PIZZORUSSO, ALESSANDRO. "Sistema istituzionale del Diritto Pubblico italiano", Ed. Jovene, Napoli 1988, pag. 325. MORTATI, COSTANTINO. "Istituzioni di Diritto Pubblico", Vol. I, antes cit. pag. 348. LAVAGNA, CARLO. "Istituzioni di Diritto Pubblico", antes cit. pags. 221 y 222. GIOVANNI DI FRANCO, RENATO. Voz "Riserva di legge", antes cit. pag. 105. BALDUZZI, RENATO y SORRENTINO, FEDERICO. Voz "Riserva di legge", antes cit. pag. 1223. En la doctrina española, TORNOS MAS, JOAQUIN. "La relación entre la ley y el reglamento. Reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", antes cit. pags. 477 y ss. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pags. 93 a 97. Idem. "Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral", antes cit. pags. 241 a 243. DIEZ PICAZO, LUIS. "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", antes cit. pag. 1265. SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO. "Fundamentos de Derecho Administrativo", Vol I, antes cit. pags. 784 y ss. LAMARCA PEREZ, CARMEN. "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española", cit. pag. 110. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", cit. pags. 470 y ss. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha admitido la distinción entre reserva absoluta y relativa en algunas Sentencias. Así cabe destacar entre otras, STC. 37/1981 de 16 de Noviembre (Fto. Jco. 2º), 6/1983 de 4 de Febrero (Fto. Jco. 4º), 25/1984 de 23 de Febrero (Fto. Jco. 3º), 72/1984 de 14 de Junio (Fto. Jco. 3º), 179/1985 de 19 de Diciembre (Fto. Jco. 3º), 60/1986 de 20 de Mayo (Fto. Jco. 2º), 140/1986 de 12 de Diciembre (Fto. Jco. 4º), 19/1987 de 17 de Febrero (Fto. Jco. 4º), 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 3º).

Basta comparar el distinto modo en el que se ha de proceder dependiendo de si se recurre o no a la diferenciación entre reserva absoluta-relativa, para comprobar que cuando se hace alusión a esta precisión terminológica surgen avatares que no es necesario atravesar, ya que se llega a la misma conclusión o resultado final sin la utilización de la mentada diferenciación. Se trata simplemente de recorrer un tortuoso camino para llegar a un destino que puede ser igualmente alcanzado por una vía mucho más cómoda y sencilla.

Si se prescinde de utilizar la diferencia reserva absoluta-relativa, para determinar el alcance de la reserva legal, es suficiente averiguar el *quantum* de regulación que necesariamente ha de ser cubierto mediante ley y el posible margen de actuación que podría corresponder a las disposiciones normativas de rango infralegal.

Ahora bien, si se recurre al uso de tal diferenciación terminológica, las operaciones que han de ser llevadas a cabo terminan por multiplicarse cuantitativamente y por complicarse cualitativamente.

En primer lugar, habría que comenzar por la operación antes referida, delimitando el grado en que una materia, en nuestro caso la propiedad privada, queda vinculada a la ley. En este momento ya podría perfectamente conocerse el *quantum* de regulación que necesariamente ha de ser cubierto legislativamente.

No obstante, la doctrina partidaria de la distinción terminológica parece querer ir más allá. Así pues, en segundo lugar habría de determinarse, de la manera más exacta posible, qué es lo que se entiende cuando estamos en presencia de una reserva absoluta y cuando nos hallamos ante una reserva relativa. Aunque aparentemente sencilla, ésta es una labor no exenta de dificultad. Prueba de ello resulta el hecho de que los autores no se manifiestan

unánimemente cuando precisan los rasgos esenciales de la diferencia reserva absoluta-relativa.<sup>133</sup>

Finalmente, habrá de efectuarse una operación de subsunción de la específica reserva de que se trate en el tipo abstracto de la reserva absoluta o en el tipo abstracto de la reserva relativa, siempre con el riesgo de incurrir en resultados erróneos, dependiendo de que se haya precisado correctamente el concepto de cada una de las clases de reservas legislativas.

Por otra parte, distinguir entre el carácter absoluto o relativo de una reserva legal no responde a la pregunta de si las disposiciones normativas de rango inferior a la ley pueden entrar a regular una determinada materia o si les está vedada dicha posibilidad. Esta es una cuestión que se da por supuesta, ya que calificar a una reserva como absoluta no significa excluir *a radice* la remisión a normas de rango infralegal<sup>134</sup>, sino simplemente señalar que

---

<sup>133</sup> Así, LOPEZ Y LOPEZ ("La disciplina constitucional de la propiedad privada", cit. pag. 94) coincide textualmente con MORTATI ("Istituzioni di Diritto Pubblico", Vol I, cit. pag. 348) al indicar que "estaríamos ante un reserva absoluta, cuando del mandato constitucional deriva la obligación de regular de manera directa y completa la materia reservada, dejando como única posibilidad a las normas subordinadas a la ley la de proveer los detalles necesarios para la pura ejecución de ésta [...] nos encontraríamos ante una reserva relativa cuando las normas secundarias pueden reglamentar y desarrollar la materia objeto de la reserva, siempre que se acomoden a las directrices de carácter general que la Ley prevenga". Sin embargo, para GIOVANNI DI FRANCO (Voz "Riserva di legge", cit. pag. 105) "algunas veces la atribución de competencia identificable en una reserva de ley puede considerarse como exclusiva. [...] Se tiene así la reserva absoluta". En opinión de LAVAGNA ("Istituzioni di Diritto Pubblico", cit. pag. 221) "la reserva absoluta implica la prohibición categórica e integral de regular ciertas materias con actos diversos a la ley ordinaria. [...] La reserva relativa, por el contrario, no inhibe la intervención sobre ciertas materias de fuentes diversas, pero la condiciona a la emanación de una ley que regule las bases o los elementos esenciales de cada instituto. Finalmente, para BALDUZZI y SORRENTINO (Voz "Riserva di legge", cit. pag. 1208) "se suele distinguir entre reserva absoluta y reserva relativa, según se crea que la ley deba regular totalmente la materia reservada o bien sea suficiente que ella dicte la disciplina fundamental, remitiendo para la determinación de los detalles a otras fuentes, generalmente subordinadas."

<sup>134</sup> TORNOS MAS, JOAQUIN. "La relación entre ley y reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", antes cit. pags. 483 y 484. LAMARCA PEREZ, CARMEN. "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española", cit. pag. 110.

respecto a la materia reservada sólo corresponde a éstas adoptar las disposiciones de puro detalle, tendentes a la ejecución de los preceptos de la ley.<sup>135</sup>

Por consiguiente, a lo largo de la exposición que ahora acometemos trataremos de evitar la alusión a la dicotomía reserva absoluta-relativa, para centrarnos en el margen de actuación que se pueda atribuir a las disposiciones normativas de rango inferior a la ley en la regulación del ejercicio y la delimitación del contenido del derecho de propiedad por obra de la función social.

## 2. CRITERIOS DE DETERMINACION DEL ALCANCE DE LA RESERVA DE LEY EN MATERIA DOMINICAL.

En nuestra opinión, la determinación del alcance de la reserva legal en materia de propiedad privada, puede efectuarse acudiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a). el tenor literal de las disposiciones constitucionales. b). la *ratio* de la reserva. c). los motivos técnicos y fines principales que el constituyente de 1978 se propone alcanzar en materia de propiedad privada.<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO. "Fundamentos de Derecho Administrativo", Vol I, cit. pag. 784.

<sup>136</sup> El Tribunal Supremo ha aludido en ocasiones a motivos técnicos o a la satisfacción del cumplimiento de las finalidades perseguidas por la Constitución para delimitar el alcance del ejercicio de la potestad reglamentaria en materias que se hallen reservadas constitucionalmente a la ley. Sobre esta cuestión, STS. 26 Diciembre 1984 (Cont-Adm) Cdo. 4º (RJA 6729). En este orden de cosas, hay que tener presente que los criterios que ahora preferimos no son ni exclusivos, ni excluyentes. De hecho, la doctrina ha señalado otros posibles parámetros útiles para la determinación del alcance de las reservas legislativas. Así, se ha aludido a la ubicación sistemática de la disposición constitucional que contiene la llamada a la ley, el sentido general que la institución adquiere en el marco constitucional, la manera en que tradicionalmente se haya regulado la materia de que se trate, pero atendiendo también a la posible decisión del constituyente en orden a implantar un cambio en la pauta tradicionalmente seguida, etc.

Los criterios que acabamos de citar no constituyen compartimentos estancos, excluyentes los unos de los otros. Por el contrario, todos ellos han de ser ponderados en una mútua y recíproca interrelación, si se quiere precisar correctamente el alcance de la reserva de ley en materia de propiedad privada.

## 2. A. EL TENOR LITERAL DE LOS ARTICULOS 53.1 Y 33.2 CE.

Hemos de comenzar por el análisis del tenor literal<sup>137</sup> de los preceptos constitucionales que llaman a la ley para la regulación del ejercicio y delimitación del contenido del derecho de propiedad por obra de la función social, centrando nuestra atención en el contraste de las expresiones "sólo por ley"-"de acuerdo con las leyes" utilizadas por los Arts. 53.1 y 33.2 CE respectivamente, y "regulación del ejercicio"-"delimitación del contenido", igualmente empleadas por los citados preceptos.

La locución "sólo por ley" del Art. 53.1 semeja delatar la intención del constituyente de fijar, respecto a los derechos allí aludidos (incluída la propiedad privada), una rígida reserva de ley que cierre completamente la puerta a la regulación que pueda contenerse en

---

<sup>137</sup> En sede general, la referencia al tenor literal de las disposiciones constitucionales como criterio para determinar el alcance de las reservas legislativas contenidas en la Constitución ha sido utilizada en varias ocasiones por nuestro Tribunal Constitucional. En este sentido, destacan, STC 6/1983 de 4 de Febrero (Fto. Jco. 4º) en la que se interpreta el sentido de la expresión "con arreglo a la Ley" utilizada por el Art. 31.3 CE. Del mismo modo, se procede en la STC 60/1986 de 20 de Mayo (Fto. Jco. 2º) respecto a la locución "de acuerdo con la ley" contenida en el Art. 103.2 CE. La STC 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 3º) hace lo propio con la interpretación del sentido de la expresión "de acuerdo con las leyes" a la que se refiere el Art. 33.2 CE. En diversos lances, la doctrina también se ha referido al tenor literal de los preceptos constitucionales como apoyo a la determinación del alcance de las reservas legales que en ellos se contienen. Así, entre otros, GIOVANNI DE FRANCO, RENATO. "Voz "Riserva di legge", antes cit. pags. 105 y 108. VILLACORTA MANCEBO, LUIS. "Aspectos de la reserva de ley en el sistema constitucional español", cit. pags. 525 y ss. TORNOS MAS, JOAQUIN. "La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", cit., pag. 483. SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO. "Fundamentos de Derecho Administrativo", Vol I, antes cit. pag. 779.



normas de rango infralegal. Es decir, la ley y sólo la ley, deberá regular el ejercicio del derecho de propiedad, vetando la reserva constitucional toda posible remisión a fuentes normativas subordinadas.<sup>138</sup>

La rigidez de la reserva se hace patente si se compara la expresión "sólo por ley" con otras utilizadas por la Constitución para remitirse a la regulación legislativa. Tal es el caso de "la ley regulará", fórmula utilizada en múltiples preceptos constitucionales. (Por ejemplo, Arts. 20.1 y 3, 24.2, 28.1, 32.2, 36, 51.3, 52, 76.2, 98.2, 103.3, 105, 117.5, 124.3, 132.1, 140 CE.). Con esta última locución, parece señalarse que la ley está habilitada o podrá regular una determinada materia. Sin embargo, con la expresión "sólo por ley" el constituyente parece querer dejar claro que en los derechos comprendidos bajo esta reserva, no se trata de que la ley pueda regular su ejercicio, sino que sólo y exclusivamente la ley podrá hacerlo.<sup>139</sup>

Sin embargo, la rígida reserva del Art. 53.1 CE se flexibiliza en lo atinente a la delimitación del contenido del derecho de propiedad por obra de la función social. Así se deduciría de la expresión "de acuerdo con las leyes", y en este sentido lo entiende el Tribunal Constitucional en STC 37/1987 de 26 de Marzo, cuando, en su Fto. Jco 3º, estima que *"resulta, sin embargo, evidente que el Art. 33.2 CE flexibiliza la reserva de ley en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada, en virtud de su función social, que debe ciertamente regularse por ley, pero también por la Administración "de*

---

<sup>138</sup> Así parecen entenderlo VILLAR PALASI, JOSE LUIS y VILLAR EZCURRA, JOSE LUIS. "Principios de Derecho Administrativo", Tomo I, cit. pags. 98 y 99, quienes califican a la reserva contenida en el Art. 53.1 CE como de "intensa o de primer grado".

<sup>139</sup> BAENA DEL ALCAZAR, MARIANO. "Reserva de ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución", antes cit. pags. 291 y 305. REBOLLO PUIG, MANUEL. "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", antes cit. pag. 126. BAÑO LEON, JOSE MARIA. "Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)", cit. pag. 87.

*acuerdo con las leyes" cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquélla.*<sup>140</sup>

Por lo tanto, de la interpretación que hace el Tribunal Constitucional de la expresión "de acuerdo con las leyes" se concluye que corresponde a la ley la regulación de los aspectos básicos y sustanciales que afectan a la delimitación del contenido del derecho de propiedad por obra de la función social. Ello no es óbice para que las normas de rango infralegal puedan entrar a disciplinar cuestiones puntuales y de detalle en la concreción de las exigencias derivadas de la función social.<sup>141</sup> Ahora bien, este cometido deberán de desarrollarlo "de acuerdo con las leyes", es decir bajo la necesaria obediencia y acatamiento de las directrices y líneas maestras que la ley haya establecido para encauzar la acción normativa de este tipo de disposiciones.

Aunque los resultados hermenéuticos hasta este punto alcanzados son muy sugerentes, si a la interpretación de las expresiones "sólo por ley" y "de acuerdo con las leyes", se añade el contraste de las locuciones igualmente utilizadas por los Arts. 53. 1 y 33.2 CE "regulación del ejercicio"- "delimitación del contenido", se obtienen paradójicas conclusiones.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> En sentido contrario, REY MARTINEZ, FERNANDO. ("La propiedad privada en la Constitución española", antes cit. pag. 414.) quien, en referencia expresa a las palabras del Tribunal Constitucional recogidas en el texto, entiende que "no existe tal flexibilización, al menos como rasgo específico de la reserva de ley en materia dominical".

<sup>141</sup> Reiteradamente, el Tribunal Supremo ha subrayado, al estudiar concretos casos de ejercicio de la potestad reglamentaria, que el establecimiento de una reserva legal implica que la ley ha de fijar los principios o criterios básicos en la materia sobre la que se proyecta, mientras que el reglamento ha de atender las cuestiones técnicas o aspectos específicos y variables que se presenten. Así de útil consulta pueden ser SSTS 7 Junio 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 5º (RJA 4720), 18 Octubre 1990 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 7968), 20 Octubre 1990 (Cont-Adm) Fto. Dcho 3º (RJA 7970), 30 Marzo 1992 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 1º (RJA 3236), 19 Julio 1993 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 5594), 22 Julio 1994 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 5857).

<sup>142</sup> Antes de referirnos a esos resultados que calificamos de paradójicos, cabe señalar que el contraste entre las locuciones citadas en el texto pone de manifiesto la existencia de ciertos problemas que demuestran las imprecisiones de las conclusiones a las que se puede llegar si para determinar el alcance de la reserva de ley en materia de propiedad privada se valora unívoca y exclusivamente el

El constituyente de 1978 utiliza dos fórmulas distintas ("sólo por ley", "de acuerdo con las leyes") para referirse a la reserva de ley que rige sobre una misma materia: la propiedad privada. Ahora bien, en el Art. 53.1 la rígida reserva legislativa allí contenida tiene también como objeto la regulación del ejercicio de un amplio catálogo de derechos (los reconocidos en el Cap. II Tit. I CE). Mientras, que el objeto de la flexible reserva del Art. 33.2 no es un conjunto de derechos, sino única y exclusivamente la propiedad. Además, a diferencia del Art. 53.1 CE. ya no se trata de la regulación del ejercicio de este derecho por cualquier causa o motivo, sin solamente la delimitación de su contenido en virtud del principio constitucional de la función social.

A poco que nos detengamos en el análisis de esta cuestión, repararemos en el hecho de que la delimitación del contenido del derecho de propiedad por obra de la función social es una parcela comprendida en la más amplia esfera que representa la regulación de su ejercicio. La paradoja hace acto de presencia desde el momento en que el Art. 53.1 exige que sea exclusivamente la ley la que regule en general el ejercicio del derecho de propiedad, pero cuando la regulación de ese ejercicio constituya una delimitación del contenido del derecho dominical por razón de las exigencias sociales, el Art. 33.2 CE abre las puertas a la normativa de rango infralegal para que ésta pueda disciplinar aspectos puntuales en la concreción del principio constitucional de la función social, de acuerdo con los parámetros previamente fijados en las leyes.

---

tenor literal de los Arts. 53.1 y 33.2 CE . Así, nos podemos interrogar sobre si tiene alguna trascendencia el hecho de que el constituyente se refiera a la ley en singular en el Art. 53.1 y, sin embargo, lo haga en forma plural para referirse a la misma en el Art. 33.2. Igualmente surge la incógnita de si el ejercicio del derecho al que alude el Art. 53.1 comprende realmente la totalidad de cada derecho o sólo su ejercicio en sentido estricto. En torno a estas cuestiones, GOMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL. "La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución", antes cit. pag. 129. SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO. "Fundamentos de Derecho Administrativo", Vol I, cit. pag. 785.

La consecuencia sería que las normas de rango inferior a la ley no tendrían cabida cuando se regulase el ejercicio del derecho de propiedad mediante la imposición de límites cuya meta sea la realización de intereses privados o de intereses públicos no necesariamente identificables con el interés social. Sin embargo, se estaría dando entrada a la normativa infralegal cuando se tratase de regular el ejercicio del derecho de propiedad mediante la imposición de límites, deberes y obligaciones cuyo objetivo sea lograr la efectiva realización de finalidades sociales.

Aunque este trato diferenciado que se otorga a los intereses sociales puede estar justificado en base a la intención de alcanzar la efectiva realización de ciertos fines que se consideran básicos y primordiales a nivel constitucional, es obvio que estos razonamientos evidencian que el tenor literal de los Arts. 53.1 y 33.2 CE no puede ser el único dato a considerar en la determinación del alcance de la reserva legal en materia dominical.

La literalidad de los preceptos citados puede constituir una útil pista indiciaria a fin de precisar el alcance de la reserva legislativa, pero su exclusiva y unívoca consideración no puede aportar datos concluyentes en esta problemática cuestión. Son múltiples las maneras empleadas por la Constitución para remitir a la ley la regulación de una determinada materia. Empero, creemos que esta diversidad no es debida a la expresa intención del constituyente de diferenciar el grado en que las materias reservadas quedan vinculadas a la ley, sino que es simplemente el fruto de una cuidada estilística que trata de evitar que el uso de expresiones reiterativas susceptibles de convertir en pesado el discurso constitucional. En nuestra opinión, si se hubiera querido distinguir el alcance de la reserva legal de un caso a otro, así se habría hecho explícitamente y, sin duda, no hubiese sido necesario recurrir a la utilización de expresiones diversas en su forma y ambiguas en su significado.

En suma, los resultados obtenidos en la vía hermenéutica literalista han de ser matizados por las conclusiones que puedan deducirse baranjando los otros criterios de determinación del alcance de la reserva de ley antes referidos.<sup>143</sup>

## 2. B. LA *RATIO* DE LA RESERVA LEGAL.

Aludimos ahora a la *ratio* de la reserva como un fundamental parámetro en la determinación de la intensidad del vínculo que, por mandato constitucional, se establece sobre el legislador ordinario en materia dominical.<sup>144</sup>

Como ya ha sido puesto de manifiesto, la *ratio* de la reserva de ley en materia de propiedad ya no puede ser exclusivamente considerada como un impedimento a la acción normativa del ejecutivo, sino igualmente como un límite a la libertad del legislador. Cuando la Constitución remite a la ley la concrección de la función social de la propiedad privada, quiere decir que la regulación de esta materia ha de ser efectuada necesariamente por ley. El legislador no puede renunciar a la potestad legislativa que le ha sido encomendada por mandato constitucional, remitiendo a la normación del gobierno el objeto mismo reservado, es decir, la concrección directa e inmediata de la función social.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> Refiriéndose expresamente al tratamiento otorgable a las reservas legales contenidas en la Constitución, el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de declarar que "la interpretación literal es siempre un mero punto de partida que podrá ser corroborado o corregido por otros criterios de mayor entidad". Véanse, entre otras. SSTs. 30 Enero 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 616) y 23 Junio 1992 (Cont-Adm) Fto. Dcho 3º (RJA 5312).

<sup>144</sup> Según considera MORTATI, "el criterio literal se muestra insatisfactorio, mientras es más exacto referirse a la naturaleza de los intereses a cuya tutela la reserva se debe estimar predispuesta. Pero también en relación a tal punto de vista los contrastes nacen desde el diverso modo de entender la *ratio* que preside a las reservas". Vid. MORTATI, COSTANTINO. "Istituzioni di Diritto Pubblico", antes cit. pag. 349.

<sup>145</sup> Así STC. 77/1985 de 27 de Junio (Fto. Jco. 14). En la doctrina, DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "Derecho constitucional. Sistema de fuentes", cit. pag. 152. REBOLLO PUIG, MANUEL. "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", cit.

Sin embargo, ello no supone que la delimitación del contenido del derecho de propiedad por obra de la función social sea una cuestión que quede excluida *a radice* de toda posible intervención de normas con rango inferior a la ley. Solamente quiere decirse que, en la materia reservada, el ámbito de actuación de la normativa infralegal es reducido, ya que de ningún modo podrá invadir la parcela de la regulación constitucionalmente confiada al legislador.

En caso de que ello fuera posible, por permitirlo una remisión legislativa en blanco a normas de rango infralegal, no cabe duda de que estaríamos en presencia de una operación de deslegalización condenada por la Constitución. Con ocasión del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley de Reforma Agraria Andaluza (ST. 37/1987 de 26 de Marzo, Fto. Jco. 3º), el Tribunal Constitucional se ha manifestado a este respecto señalando que admitir que la delimitación del contenido del derecho de propiedad en virtud de su función social deba ciertamente regularse por ley, pero también por la Administración de acuerdo con las Leyes, no es impedimento para reconocer expresamente que *"prohíbe esta concreta reserva de ley toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad por reglamentos independientes o extra legem [...]"*.<sup>146</sup>

Consecuentemente, la *ratio* de la reserva de ley que la Constitución establece para la

---

pag. 133.

<sup>146</sup> Ya con anterioridad a esta fecha, y refiriéndose a la reserva de ley en general, el Tribunal Constitucional había manifestado en STC 37/1981 de 16 de Noviembre (Fto. Jco. 4º) que *"la ley [...] que se limite a hacer una remisión en blanco al correspondiente reglamento [...] no respeta [...] esta reserva constitucional"*. De igual modo, se sostiene en STC 83/1984 de 24 de Julio (Fto. Jco. 4º) que *"el principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría un degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador"*. Véanse también, STC. 179/1985 de 19 de Diciembre (Fto. Jco. 3º), 19/1987 de 17 de Febrero (Fto. Jco. 4º) y 99/1987 de 11 de Junio (Fto. Jco. 3º).

regulación del ejercicio y la delimitación del contenido del derecho de propiedad por razón de la función social, indica que, en esta materia, la actuación de las normas de rango infralegal se encuentra circunscrita por un límite o frontera que en ningún caso podrán llegar a rebasar y es el constituido por las operaciones de deslegalización.

Este principio de indisponibilidad de rango supone que las fuentes normativas subordinadas a la ley no podrán abordar la disciplina de aspectos básicos relativos a la regulación del ejercicio del derecho de propiedad y su vinculación a las exigencias derivadas del principio constitucional de la función social.<sup>147</sup>

Corresponde, por lo tanto, en exclusiva a la ley aportar la regulación sustancial y de fondo. Una vez que se haya cumplido con esta finalidad, que es la que el constituyente persigue alcanzar con el establecimiento de la reserva, la propia *ratio* de la misma permite al legislador confiar a las disposiciones de rango inferior la normación de los aspectos puntuales y de detalle de la materia reservada.<sup>148</sup>

En este punto se plantean algunos aspectos problemáticos que creemos conveniente intentar solucionar, o por lo menos clarificar en la medida que sea posible.

Por una parte, surge la dificultad de deslindar adecuadamente en materia dominical los aspectos básicos de la regulación, de aquellos meramente puntuales y de detalle. A nuestro juicio, en los aspectos básicos de la regulación se incluye la toma de opciones políticas

---

<sup>147</sup> En el mismo sentido se pronuncia PRIETO SANCHIS, LUIS. "Comentarios a las Leyes Políticas" Tomo VI, Art. 53, antes cit. pag. 476, pero no aludiendo únicamente al derecho de propiedad sino al más amplio ámbito comprendido por los derechos a los que alude el Art. 53.1 CE, es decir, a los recogidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución.

<sup>148</sup> Vid. la jurisprudencia citada en la nota 141 del presente Capítulo.

inherente a las operaciones de concrección de la función social.<sup>149</sup> Este tipo de decisiones han de ser adoptadas necesariamente en el seno del pluralismo y debate político, así como sobre la base de la dicotomía mayorías-minorías que caracteriza la discusión parlamentaria. De este modo, se está negando a la Administración la introducción unilateral de opciones políticas globales, cuando ésta pueda pronunciarse en algunos aspectos de la concrección de la función social.<sup>150</sup>

De este hecho, se extrae la conclusión de que corresponde exclusivamente al legislativo, la creación e imposición de los límites, deberes y obligaciones necesarios para garantizar la efectiva realización de la función social en el ejercicio del derecho de propiedad. Las normas con rango inferior a la ley carecen de legitimación para crear *ex novo* deberes y obligaciones cuyo cumplimiento se exija al propietario en el ejercicio de su derecho, porque éstos han de tener su origen inmediato en la ley. Es decir, la normativa de rango infralegal no puede excluir, limitar o condicionar por sí misma el ejercicio de las facultades dominicales en orden a la concrección de exigencias de tipo social, sin previamente la ley

---

<sup>149</sup> En sede general, Vid. las orientaciones que en este tema ofrece TORNOS MAS, JOAQUIN. "La relación entre la ley el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", antes cit. pags. 484 y 485.

<sup>150</sup> Conviene efectuar en este punto ciertas aclaraciones, referidas al hecho de que la Administración no pueda introducir *unilateralmente* opciones políticas *globales*. Con el calificativo unilateral queremos subrayar que las decisiones tomadas por el ejecutivo contrastan con las propias del Parlamento, ya que aquéllas suelen identificarse, debido a nuestro actual sistema de partidos, únicamente con las mayorías, mientras que éstas últimas incluyen igualmente a las minorías, lo cual garantiza el debate y da a la oposición la posibilidad de exponer sus puntos de vista, asegurándose de este modo un plus de legitimidad en la decisión a adoptar. En este entendimiento, DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes", antes cit. pag. 153. Con el carácter global de las opciones políticas pretendemos señalar que corresponde al legislativo adoptarlas en su generalidad y aspectos sustanciales. Ahora bien, ello no es impedimento para que el Parlamento pueda recabar la colaboración de la Administración, a efectos de precisar aspectos específicos y puntuales de la decisión política por la que inicialmente haya optado.



haya exluído, limitado o condicionado el ejercicio del citado derecho.<sup>151</sup>

La Constitución y la *ratio* de la reserva no impiden que el legislador, una vez que haya creado y precisado los contornos generales y el fondo de los deberes y obligaciones que el propietario haya de cumplir, se remita a fuentes normativas subordinadas, a efectos de que éstas precisen y concreten tales deberes de acuerdo con las circunstancias específicas del caso particular. No obstante, en el desarrollo de esta labor, las normas de rango infralegal carecen de libertad de movimientos, ya que, en todo caso, han de actuar dentro de los cauces de actuación previamente señalados en la ley de remisión y con pleno respeto a las directrices y líneas generales de acción fijadas por la misma.

En esta cuestión surge el segundo de los problemas a los que con anterioridad hacíamos referencia. No resulta infrecuente encontrarse con la dificultad de determinar si la ley de remisión contiene efectivamente unos criterios o líneas maestras de la actuación de la

---

<sup>151</sup> De manera análoga, el Tribunal Constitucional en STC 209/1987 de 22 de Diciembre (Fto. Jco. 3º) estima que *"el ejercicio de la potestad reglamentaria se opera "de acuerdo con la Constitución y las Leyes" (art. 97 CE) y el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la ley de modo inmediato o, al menos de manera mediata, a través de la habilitación. Del mismo modo, no puede el Reglamento excluir del goce de un derecho a aquellos a quienes la ley no excluyó."* Igualmente, en materia tributaria, y en STC. 6/1983 de 4 de Febrero (Fto. Jco. 4º) señala el Alto Tribunal que *"la reserva de ley hay que entenderla referida a los criterios o principios, con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria: la creación ex novo de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo, pertenecen siempre al plano o nivel de la Ley y no pueden dejarse nunca a la legislación delegada y menos todavía a la potestad reglamentaria"*. En esta misma línea argumentativa el Tribunal Supremo ha declarado en ST 14 Febrero de 1994 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 2411) que es *"doctrina consolidada la de que el reglamento complementa a la ley, pero que no puede sustituir a la misma, al reglamento no le es permitido introducir un novum sustancial no previsto en la ley"*. Es más, en ocasiones el propio Tribunal Supremo ha matizado con mayor profundidad el carácter restrictivo que le corresponde a la potestad reglamentaria en el ámbito de las materias reservadas a la ley por la Constitución. Así, en ST 27 Marzo 1985 (Cont-Adm) Cdo. 4º (RJA 1668) se sostenía que reservar a la ley la regulación del ejercicio y la delimitación del contenido de ciertos derechos no sólo impide que las normas de rango infralegal impongan *ex novo* deberes, cargas u obligaciones a sus titulares, sino también que agraven las limitaciones al ejercicio de derechos, facultades o posibilidades de actuación que sí hayan sido creadas previamente por la ley de que se trate.

normativa infralegal. Incluso en aquellos supuestos en que con claridad se aprecie la existencia en la ley de remisión de tales criterios, la frontera con las operaciones de deslegalización tampoco quedará nítidamente trazada, ya que a menudo deviene igualmente complejo precisar si las normas de rango inferior a la ley se han movido respetando escrupulosamente los cauces de actuación fijados, o si por el contrario han hecho caso omiso de los mismos, actuando según criterios propios.

Respecto a este tipo de cuestiones se pronuncia el Tribunal Constitucional en la STC. 37/1987 de 26 de Marzo. En el recurso que va a ser objeto de la citada resolución, se plantea la inconstitucionalidad del Art. 2 de la Ley de Reforma Agraria para Andalucía, por entender los recurrentes que este precepto vulnera la reserva de ley establecida por la Constitución en materia de propiedad privada (Arts. 33.2 y 53.1), al efectuarse una remisión en blanco a la Administración, para que ésta fije los criterios de obtención del menor aprovechamiento de la tierra y sus recursos.

Coincidimos en afirmar con el Tribunal Constitucional que la LRAA no contiene deslegalización alguna en favor de la Administración, ya que es la propia ley quien, en aras de la efectiva realización del principio constitucional de la función social, crea *ex novo* y decide imponer deberes y obligaciones a los propietarios agrícolas. No hay pues, ninguna razón para considerar que la LRAA haya efectuado una remisión en blanco a la potestad normativa de la administración, pues, al asumir la Ley por sí misma la creación de los deberes y obligaciones de sentido social que el propietario ha de cumplir en el ejercicio de su derecho, no es posible concluir que se haya dispuesto de la reserva legal constitucionalmente establecida, remitiendo al gobierno el objeto mismo reservado, es decir, la concreción directa o inmediata de la función social. En este ámbito el papel que la LRAA asigna a la administración únicamente es la individualización de los deberes generales por ella

prescritos para cada caso específico que se presente.

Ahora bien, para rechazar la vulneración de la reserva legal contenida en los Arts. 33.2 y 53. 1 CE no basta sólo con que la Ley cree los deberes y obligaciones generales imponibles al propietario agrícola y llame a la potestad normativa de la administración para su concreción, sino que además es necesario que establezca los criterios y directrices generales que encaucen y dirijan esa labor de concreción.

Lo complejo de este caso es precisar si la LRAA contiene efectivamente unas líneas maestras o directrices generales que hayan de ser observadas por la Administración Autónoma en la fijación de los criterios mínimos de cultivo. A nuestro modo de ver, la respuesta ha de ser afirmativa, porque como indica el propio Art. 2 de la LRAA, la fijación de los criterios objetivos de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos ha de operarse en todo caso "a los efectos de esta Ley".<sup>152</sup>

En esta misma línea, señala nuestro más Alto Tribunal que la LRAA contiene, a lo largo de su articulado, normas que determinan básicamente el alcance de los deberes de los propietarios y empresarios agrícolas y de las medidas de intervención pública que pueden adoptarse para lograr el mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos. (Vid. STC 37/1987 de 26 de Marzo, Fto. Jco. 3º).<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> Literalmente se dice en Fto. Jco. 3º STC 37/1987 de 26 de Marzo: *"Es cierto que el art. 2 de la Ley andaluza, en orden al cumplimiento de la función social de la propiedad rústica, privada o pública, habilita a la Administración Autónoma para "fijar los criterios objetivos de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos", pero no puede verse en ello deslegalización alguna de la materia, porque tal habilitación ha de operar en todo caso, como señala el precepto impugnado, "a los efectos de esta ley"....."*

<sup>153</sup> Un ejemplo lo constituye el Art. 15 de la LRAA que establece taxativamente una lista cerrada de aquello que puede acordar la Administración Autónoma para lograr el cumplimiento de la función social de la propiedad y el adecuado ejercicio de la explotación agraria. Incluso, la eventual libertad de actuación de la Administración se reduce todavía más, cuando el Art. 19 concreta las fases del

En definitiva, podemos concluir que la Administración a la hora de determinar los criterios mínimos de cultivo se ve vinculada por la regulación básica y de fondo contenida en la LRAA, lo cual constituye una prueba de que en el Art 2 de la citada Ley no existe una remisión en blanco deslegalizadora.<sup>154</sup>

## 2. C. MOTIVOS TECNICOS Y FINALIDADES QUE SE PROPONE ALCANZAR LA CONSTITUCION DE 1978 EN MATERIA DE PROPIEDAD PRIVADA.

Los resultados obtenidos mediante la interpretación de la *ratio* de la reserva de ley,

---

procedimiento preceptivo para efectuar las transformaciones de grandes zonas de interés general de la Comunidad Autónoma a las que se refiere el núm. 4 del citado Art. 15 LRAA.

<sup>154</sup> Aunque en general estamos de acuerdo con las conclusiones obtenidas en este punto específico por el Tribunal Constitucional, no podemos compartir plenamente ciertos argumentos utilizados para llegar a las mismas. Así consideramos que el Tribunal no ha estado demasiado afortunado cuando literalmente afirma en Fto. Jco. 3º STC 37/1987 de 26 de Marzo que "... la posibilidad de que los poderes públicos fijen criterios de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos no ha sido en sí misma discutida en este punto, sino que sólo se consideran inconstitucionales ciertos criterios que en el futuro podrían a caso adoptarse o imponerse en virtud del Art. 2 de la Ley. Pero si, como admiten los recurrentes, no es posible saber, a tenor de este precepto qué tipo de criterios puede, en definitiva, imponer la Administración Autonómica, resulta contradictorio afirmar que la citada norma legal es ya inconstitucional porque está permitiendo, en principio, que se impongan limitaciones inconstitucionales a la propiedad privada". A nuestro juicio, la poca fortuna del Tribunal Constitucional no se halla, como indica ARAGON REYES ("La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de propiedad privada. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Andaluza de Reforma Agraria", cit. pags. 184 y 185.) en la contradicción existente entre la afirmación de que la reserva de ley prohíbe toda operación de deslegalización de la materia y la aceptación, en el pasaje anterior, de que no es posible saber, a tenor del Art. 2 de la Ley recurrida, qué tipos de criterios puede en su día establecer el Reglamento. Por el contrario, la posible imprecisión en la que pudo incurrir el Tribunal Constitucional es entender que los recurrentes le plantean la inconstitucionalidad de las posibles limitaciones dominicales que se puedan deducir de los criterios que fije la Administración en orden a obtener el mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos. Evidentemente, no se pueden recurrir como inconstitucionales los eventuales límites que como consecuencia de esos criterios puedan imponerse en un futuro; pero que en el presente ni existen, ni se conocen. De ahí que nosotros entendamos que los recurrentes no plantean la inconstitucionalidad de esos límites susceptibles de ser impuestos en su día por un Reglamento, sino que impugnan que esa posibilidad sea permitida por la LRAA. Es decir, no se impugna la inconstitucionalidad de limitaciones dominicales inexistentes todavía, sino que el Art. 2 de LRAA pueda constituirse en una puerta abierta hacia potenciales operaciones de deslegalización en un futuro próximo.

parecen confirmarse cuando se acude al último de los criterios de determinación de su alcance. En materia dominical, la intensidad del vínculo establecido sobre el legislador ordinario y el margen de actuación correspondiente a las normas de rango infralegal depende, en cierta medida, de motivos técnicos o de las finalidades que se propone alcanzar la Constitución en este ámbito.<sup>155</sup>

La actuación de las normas de rango inferior a la ley representa un sensible punto de equilibrio, resultado de la ponderación de dos fines que el constituyente de 1978 se plantea como primordiales cuando modela la disciplina constitucional de la propiedad privada. Por una parte, en los Arts. 53.1 y 33.2 se manifiesta la firme intención de limitar el alcance de la función social, ordenando que la concrección de sus exigencias sea llevada a cabo necesariamente por ley. Pero, por otra parte, en materia dominical, es también un objetivo esencial del constituyente lograr que la función social no sea una mera cláusula programática, sino un principio jurídico dotado de plena efectividad práctica.

En virtud de los Arts. 53.1 y 33.2 CE, y de acuerdo con la *ratio* de la reserva allí contenida, por regla general, corresponde a la ley trazar la regulación de fondo y los aspectos básicos en la concrección del principio constitucional de la función social de la propiedad privada para cada categoría de bienes.

A este respecto conviene recordar que nuestro concepto de ley es herencia del

---

<sup>155</sup> Así el Tribunal Constitucional en STC. 83/1984 de 24 de Julio (Ftos. Jcos. 4º y 5º) refiriéndose a las leyes que contengan remisiones a normas reglamentarias, declara su admisibilidad siempre que se respeten determinados límites "*que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de la potestad (reglamentaria) a un complemento que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley*".

pensamiento ilustrado.<sup>156</sup> Por este motivo, y aunque es cierto que la complejidad de la vida actual y el constante proceso de socialización legislativamente canalizado ha suscitado una mayor tendencia hacia leyes especiales y concretas que regulan ámbitos determinados,<sup>157</sup> la ley puede seguir siendo conceptuada como una norma de naturaleza genérica y de amplio contenido.

Debido a esta naturaleza de disposición abstracta y genérica, no pocas veces, la ley se ve incapacitada para dar respuesta a todas las cuestiones imaginables que puedan surgir en la determinación de aquellas concretas utilidades y fines sociales que las distintas categorías de bienes han de cumplir por razón de su propia naturaleza o localización. Su inherente forma de ser lo impide frecuentemente.

Piénsese en el caso del régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria urbana. En este contexto, las exigencias sociales que han de cumplirse en el ejercicio del derecho de propiedad varían en gran medida de un supuesto a otro, dependiendo, en parte, de la localización y naturaleza del inmueble objeto de dominio. Indudablemente, en estos supuestos, la colaboración de la normativa de rango infralegal deviene casi inexcusable y obligada por

---

<sup>156</sup> Según DIEZ PICAZO, LUIS. ("Constitución, Ley y Juez", cit. pag. 10) "el concepto de ley que ha llegado hasta nosotros, que triunfó en el Estado jacobino, era el resultante de una doble línea filosófica originada en LOCKE por una parte, y en ROSSEAU por otra". La concepción ilustrada de la ley de la que hace gala el orden liberal puede ser fácilmente comprendida en el pensamiento de PORTALIS. Para este autor, uno de los principales redactores del Code Civil francés de 1804, "el objetivo de la ley es fijar, para los grandes valores, las máximas generales del Derecho; de establecer los principios fecundos de él consecuencia, y no de descender al detalle en cuestiones que se puedan hacer sobre cada materia". Vid. PORTALIS, JEAN ETIENNE MARIE. "Discours Preliminaire", antes cit. pag. 41.

<sup>157</sup> Sobre el tema, OLIVAS, ENRIQUE. "Problemas de legitimación del Estado Social", antes cit. pags. 12 y 13.

la naturaleza de las cosas.<sup>158</sup>

De ahí que en la actualidad sea técnicamente impensable que la función social de la propiedad respecto a cada tipo de bienes sea concretada exclusivamente por la ley,<sup>159</sup> pues ello constituiría un serio obstáculo a la plena eficacia y operatividad de este principio constitucional. Si así fuese, la ley estaría impidiendo alcanzar los fines sociales que el constituyente ha considerado primordiales en materia dominical.<sup>160</sup>

En consecuencia, la propia naturaleza de la ley parece indicar que concurren motivos técnicos suficientes que aconsejan flexibilizar la reserva legal, cuando ello sea imprescindible para asegurar la efectiva operatividad y la adecuada concreción de las exigencias sociales a las que se vincula constitucionalmente el ejercicio de este derecho.

En esta tesitura, corresponde a la ley la concreción de las exigencias derivadas de la

---

<sup>158</sup> Más específicamente, el Tribunal Constitucional ha declarado en STC 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 3º) que la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración, para completar la regulación legal y así lograr la plena efectividad de sus mandatos, deviene *"inexcusable, por lo demás, cuando, como es el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse"*. Ya con anterioridad, se había manifestado en la misma línea nuestro más Alto Tribunal, al decir en STC 77/1985 de 27 de Junio que *"hasta ha de decirse que esa remisión resultará en muchos casos debida y obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias"*.

<sup>159</sup> En este entendimiento, GOMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL. "La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución", antes cit. pag. 129.

<sup>160</sup> Vid. sobre el tema urbanístico, PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", Parte I, en REDA, núm. 17, Abril-Junio 1978, págs. 260 y ss. En sede general, TORNOS MAS, JOAQUIN. "La relación entre ley y reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", cit. pag. 479.

función social hasta el punto que se lo permita su naturaleza de norma abstracta y genérica;<sup>161</sup> esto es, la regulación de los aspectos generales y básicos de la materia. Ahora bien, una vez que el legislador haya agotado la capacidad de normación que pueda desplegar, se podrá remitir a disposiciones de rango infralegal<sup>162</sup>, a fin de que éstas suplan las insuficiencias que la ley pueda padecer, como consecuencia de su natural abstracción. Su misión será completar y concretar, para cada caso específico, la disciplina general trazada legislativamente,<sup>163</sup> así como regular las cuestiones puntuales y de detalle.

Por su parte, a las normas de rango infralegal les compete precisar el grado en el que específicos bienes quedan sujetos a exigencias de tipo social, mediante la valoración y adecuada ponderación de las circunstancias particulares de cada caso. Por consiguiente, este tipo de fuente normativa actúa como útil instrumento en la individualización de situaciones jurídicas subjetivas, al ser plenamente apta para determinar los aspectos más específicos de las distintas utilidades sociales a las que eventualmente pueden quedar sujetas las diversas

---

<sup>161</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "Régimen urbanístico de la propiedad y la responsabilidad patrimonial de la Administración", Madrid 1985, pag. 35. Citado por BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", cit. pag. 475. REBOLLO PUIG, MANUEL. "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", cit. pag. 139.

<sup>162</sup> En sentido contrario el Tribunal Supremo (SSTS 18 Diciembre 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º RJA 7477 y 30 Septiembre 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º RJA 6185) considera que "la inclusión de una materia en el principio de reserva de ley no exige que la Ley deba agotar su regulación". Quizas convendría matizar la cuestión debatida en aras de una mayor claridad expositiva. Es cierto que la ley no ha de agotar necesariamente la regulación de las materias que a ella se confían, pues su propia naturaleza de norma abstracta y genérica se lo impide. Pero, sin embargo, ello no es óbice para admitir que el establecimiento de una reserva legal por la Constitución sí exige a la ley agotar su capacidad normativa hasta el punto en que se lo permita su naturaleza abstracta y genérica. Por lo tanto, la conclusión parece ser la siguiente: la ley no está obligada a agotar *la regulación* de la materia asignada, pero sí *su regulación*, es decir la parte de la misma que le corresponde.

<sup>163</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. Ibidem. Supra. REBOLLO PUIG, MANUEL. Ibidem. Supra. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. Ibidem. Supra.



categorías de bienes.<sup>164</sup>

De esta forma, la utilización de normas infralegales resulta provechosa para llegar las últimas consecuencias en la determinación de las exigencias derivadas de la función social, ya que mediante ellas se pueden regular cuestiones puntuales y de detalle que se le escapan a la ley debido a su naturaleza de norma abstracta y genérica.

Sin embargo, la meta constitucional de dotar de plena efectividad al principio de la función social no puede permitir que una norma de rango inferior a la ley proceda *per se* a una primera y general concreción de este principio, estableciendo los criterios básicos de la materia, creando obligaciones y deberes susceptibles de ser impuestos al propietario en el ejercicio de su derecho. Las disposiciones de rango infralegal han de desenvolver su actuación dentro del marco fijado por la más amplia y general delimitación legislativa de las exigencias sociales a las que queda vinculado el ejercicio del derecho de propiedad sobre ciertas categorías de bienes. En todo caso ha de respetarse las directrices generales y líneas maestras señaladas previamente por la ley.

En definitiva, se trata de un círculo vicioso. La consecución de las finalidades que el constituyente de 1978 persigue reservando a la ley la regulación del ejercicio del derecho de propiedad, ha de ceder para garantizar la realización efectiva de otro tipo de objetivo que el mismo constituyente considera esencial: lograr un ejercicio en sentido social del derecho de propiedad. Sin embargo, esta intención de asegurar el efectivo cumplimiento del principio de la función social no ha de servir tampoco como pretexto para justificar operaciones de

---

<sup>164</sup> Sobre el tema Vid. PREDIERI, ALBERTO. "Régimen económico y social en la Constitución italiana", en AA.VV. "Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las Constituciones Occidentales", Ed. Centro de Estudios y Comunicación Económica. Madrid 1977, pag. 29. En la misma línea STC 37/1987 de 26 de Marzo en su Fto. Jco. 3º.

deslegalización que hagan imposible la obtención de aquellas finalidades garantísticas que se persiguen con el establecimiento de la reserva de ley.

En conclusión, estos esenciales fines que a nivel constitucional pretenden conseguirse en materia dominical se compensan recíprocamente, pero nunca uno de ellos podrá prevalecer totalmente sobre otro. Si así fuera, o la garantía que representa la reserva de ley se estaría convirtiendo en irrisoria, o el principio de la función social permanecería como una declaración programática o de buena voluntad, pero sin auténtica efectividad práctica.

La reserva de ley no puede constituirse en obstáculo a la efectividad del principio de la función social y, en consecuencia, ha de permitirse la entrada a la regulación ofrecida por normas de rango infralegal. Pero, la efectiva realización del principio de la función social no puede permitir a este tipo de normas un tan amplio margen de actuación que reduzca a la nada la eficacia del mecanismo de la reserva legal.

## **VI. LA PROPIEDAD INMOBILIARIA URBANA. RESERVA DE LEY Y PLANEAMIENTO URBANISTICO.**

Hasta este punto hemos tratado de aportar algunos datos que faciliten la construcción de una teoría general sobre la reserva de ley en materia dominical. Finalizada esta exposición, consideramos pertinente estudiar los casos específicos de algunas disposiciones normativas de rango infralegal, a fin de comprobar si en ellos se da efectivo cumplimiento a los presupuestos generales de la reserva legislativa.

Ante este planteamiento, sería obligada la alusión al ámbito de actuación que

corresponde a la potestad reglamentaria del Gobierno (Art. 97 CE) en materia de propiedad privada. Sin embargo, vamos a prescindir de esta temática, habida cuenta de que los problemas que pudieran surgir en este punto pueden ser perfectamente resueltos mediante la aplicación automática de los fundamentos básicos de la teoría general de la reserva de Ley. Recuérdese que el Reglamento es la disposición normativa de rango infralegal por excelencia.

De lo que sí nos vamos a ocupar en este epígrafe es de efectuar algunas consideraciones sucintas respecto a la manera en que los presupuestos generales de la reserva legal en materia dominical se proyectan sobre el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria urbana, con especial referencia a la delimitación del margen de actuación que compete al Planeamiento Urbanístico.

La alusión a la relación Reserva de Ley-Planeamiento Urbanístico resulta justificada por el hecho de que en el marco de la propiedad del suelo urbano es donde las exigencias sociales se manifiestan con mayor intensidad.<sup>165</sup> En este campo, el principio constitucional de la función social ha adquirido últimamente un gran protagonismo, motivado por su mayor

---

<sup>165</sup> Esta mayor intensidad que adquieren las exigencias derivadas del principio de la función social en el marco de la propiedad de suelo urbana parece haber sido reconocida por el Tribunal Supremo cuando en ST 21 Diciembre 1982 (Cont-Adm) Cdo. 8º (RJA 8056) se pronuncia de la siguiente manera; "una determinada concepción de la vida, determinada por un conjunto de razones y precipitada, aparte otros motivos, por la utilización irracional del suelo ha dado lugar a unas ciudades poco adecuadas para el desarrollo normal de la vida humana, ha determinado una profunda preocupación social por el urbanismo de tal suerte que la localización de una ciudad o su configuración, han dejado de ser en nuestra civilización hechos privados para pasar a ser hechos colectivos que interesan fundamentalmente a la colectividad y todo ello ha provocado que las decisiones básicas sobre el urbanismo se hayan atribuido a la Administración, integrando así una competencia pública que por vía de consecuencia ha venido ha incrementar las exigencias de la función social de la propiedad...".

desarrollo,<sup>166</sup> tanto a nivel legislativo (sobre todo tras las últimas reformas de 1990 y 1992), como jurisprudencial (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo) y doctrinal.<sup>167</sup>

Es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo afirmar que *"el carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria significa que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística..."*.<sup>168</sup>

En consecuencia, el paso siguiente es determinar el ámbito normativo comprendido bajo la denominada "ordenación urbanística" a la que se refiere el TS. para, de esta manera, averiguar cuáles son las disposiciones habilitadas para delimitar el contenido de la propiedad

---

<sup>166</sup> Es una opinión vertida ya con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1978 por ESCRIBANO COLLADO, PEDRO. "Función social y propiedad privada urbana: Estudio de jurisprudencia", en AA.VV. "La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos". Ponencias del V Congreso Hispano-Italiano de Profesores de Derecho Administrativo. Ed. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid 1976, pags. 215 y 216. Si lo dicho era cierto bajo la vigencia de la Ley del Suelo de 1956 (la ponencia ahora citada fue expuesta en Mayo de 1975), mucho más lo será en la actualidad tras casi veinte años de evolución legislativa que transcurren por las Leyes de 1976, 1990 y 1992.

<sup>167</sup> Excluyendo la referencia a las numerosísimas aportaciones relativas a la teoría general de la función social, la doctrina se ha centrado específicamente en el estudio de la operatividad de este principio constitucional respecto a la propiedad agraria del suelo rústico y la propiedad inmobiliaria del suelo urbano. Frente a una primera época en la que abundan los estudios desarrollados en torno al primero de los núcleos temáticos referidos, en estos últimos años, y espoleados por las recientes reformas legislativas, los autores han centrado en mayor grado su atención en las exigencias sociales a las que se halla vinculado el ejercicio del derecho de propiedad sobre el suelo urbano.

<sup>168</sup> Entre otras Sentencias destacan, SSTS 25 Mayo 1981 (Cont-Adm) Cdo. 6º (RJA 2147), 22 Febrero 1982 (Cont-Adm) Cdo. 6º (RJA 617), 28 Mayo 1982 (Cont-Adm) Cdo. 4º (RJA 4157), 19 Octubre 1982 (Cont-Adm) Cdo. 4º (RJA 6404), 25 Enero 1983 (Cont-Adm) Cdo. 5º (RJA 309), 4 Mayo 1983 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 2882), 11 Julio 1984 (cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 4090), 12 Mayo 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 5255), 18 Noviembre 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 6º (RJA 9237), 27 Noviembre 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 9325), 17 Octubre 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 5º (RJA 7760), 17 Junio 1989 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 4732), 27 Marzo 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 2226), 2 Octubre 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 5º (RJA 7788), 7 Noviembre 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 8805), 24 Marzo 1992 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 5º (RJA 3385), 15 Abril 1992 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 4049), 20 Mayo 1992 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 4286).

inmobiliaria urbana.

El propio Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de Junio (BOE. 30 de Junio, núm. 156) aporta ya una respuesta al interrogante planteado. Así en su Art. 8 se prescribe que "La utilización del suelo y, en especial su urbanización y edificación, deberá producirse en la forma y con las limitaciones que establezcan la legislación de ordenación territorial y urbanística y, por remisión de ella, el planeamiento, de conformidad con la clasificación y calificación urbanística de los predios".<sup>169</sup>

Por lo tanto, de la lectura de los preceptos citados parece deducirse que la ordenación jurídica del suelo urbano se halla integrada por las disposiciones recogidas en las leyes de ordenación territorial y urbanística, e igualmente por el Planeamiento. Siguiendo el criterio sustentado por el Tribunal Supremo, quiere ello decir que el contenido de la propiedad inmobiliaria urbana será el que en cada momento determine la Ley y el Planeamiento urbanístico, en virtud de la remisión efectuada a éste por aquélla. Ley y Plan comparten la tarea de regular el ejercicio y delimitar el contenido del derecho de propiedad inmobiliaria urbana<sup>170</sup>, ya que la utilización de este tipo de suelo ha de efectuarse necesariamente

---

<sup>169</sup> Con anterioridad, Art. 2 de la Ley 8/1990 de 25 de Julio sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (BOE. 27 de Julio, núm. 179) de igual dicción literal al precepto citado en el texto. La determinación de aquellas normas que integran la ordenación urbanística del suelo se hallaba también recogida en el Art. 76 de la Ley del Suelo de 1976 que disponía, "Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites, y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta ley, o en virtud de la misma por los planes de ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios". Su antecedente inmediato lo encontramos en el Art. 61 de la Ley del Suelo de 12 de Mayo de 1956 (BOE. 14 de Mayo, núm. 135), de idéntica letra.

<sup>170</sup> La participación Ley-Planeamiento en la delimitación del contenido de la propiedad privada inmobiliaria urbana, ha sido calificada por el Tribunal Supremo como de "técnica normativa de carácter bifásico". Vid. STS 2 Febrero 1990 (Cont-Adm) Fto. Dcho 4º (RJA 967) y 31 Julio 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 6715).

conforme a sus determinaciones y dictados.<sup>171</sup>

Por consiguiente, con estas afirmaciones se está reconociendo la aptitud del Plan para participar en la normación del contenido del derecho de propiedad sobre el suelo urbano. Al margen de las dudas que se puedan suscitar respecto a la específica naturaleza del Planeamiento Urbanístico,<sup>172</sup> lo cierto es que nos hallamos ante una disposición de

---

<sup>171</sup> GONZALEZ PEREZ, JESUS. "Comentarios a la Ley del Suelo. (Texto Refundido de 1992), Ed. Civitas, Madrid 1993, pags. 84, 118, 129 y 130. GALLEGU ANABITARTE, ALFREDO. "Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones. Expropiaciones y venta forzosa", en RDU, Julio-Agosto-Septiembre de 1993, pag. 19. LASO MARTINEZ, JOSE LUIS. "Derecho Urbanístico". Tomo III. La propiedad ante el planeamiento urbanístico. Ed. Montecorvo, Madrid 1982, pags. 52 y 53. ARROYO GARCIA, JUAN / CHOROT NOGALES, FRANCISCO / LLISSET BORREL, FRANCISCO / LOPEZ PELLICER, JOSE A. "Comentarios a la Ley del Suelo y sus Reglamentos". Tomo I. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Ed. Abella, Madrid 1987, pag. 594.

<sup>172</sup> El Tribunal Supremo se ha pronunciado en múltiples ocasiones en torno a la naturaleza de los Planes Urbanísticos. Así, en la mayor parte de los casos, reconoce, sin ni siquiera dudarlo, la naturaleza normativa del Planeamiento, afirmando: *"Esta Sala ha puesto de relieve reiteradamente la naturaleza normativa de los Planes de Ordenación Urbana..."* Por lo tanto para el Alto Tribunal parece claro que los Planes no son meras reglas orientativas, sino normas obligatorias de carácter general. En este sentido y a título de ejemplo destacan, entre otras las siguientes resoluciones: SSTS 12 Junio 1980 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 3182), 20 Enero 1981 (Cont-Adm) Cdo. 9º (RJA 180), 29 Mayo 1981 (Cont-Adm) Cdo. 9º (RJA 2309), 18 Noviembre 1981 (Cont-Adm) Cdo. 3º (RJA 5182), 11 Mayo 1982 (Cont-Adm) Cdo. 5º (RJA 3164), 8 Junio 1984 (Con-Adm) Cdo. 3º (RJA 3455), 7 Octubre 1985 (Cont-Adm) Cdo. 3º (RJA 5296), 2 Febrero 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 2043), 7 Febrero 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho 3º (RJA 2750), 15 de Junio de 1987 (Cont-Adm) (RJA 6130), 22 Enero 1988 (Cont-Adm) (RJA 330), 17 Octubre 1988 (Cont-Adm) Fto. de Dcho. 2º (RJA 7848), 17 Junio 1989 (Cont-Adm) Fto. de Dcho. 10º (RJA 4730). En otros supuestos el Tribunal Supremo profundiza algo más en la cuestión calificando al Planeamiento como una norma de naturaleza reglamentaria; así véanse, SSTS 27 Julio 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 7685), 22 Diciembre 1992 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 10411). Por otra parte, múltiples han sido las posturas doctrinales adoptadas en relación a la determinación de la naturaleza de los Planes; se han ocupado de este tema, entre otros, MARTIN BLANCO, JOSE. "Legislación urbanística y Derecho Privado. (Ideas sobre el Derecho Urbanístico)", en RDP, Enero 1962, Tomo XLVI, pag. 17. DIEZ PICAZO, LUIS. "Problemas jurídicos del urbanismo", antes cit. pag. 43. SUSTAETA ELUSTIZA, ANGEL. "Propiedad y urbanismo", antes cit. pags. 216 y ss. DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas", cit. pag. 9. Del mismo autor, "Estudios sobre Derecho de los bienes", Ed. Montecorvo, Madrid 1991, pags. 551 y 552. PARADA VAZQUEZ, RAMON. "Derecho Administrativo" Vol III. Bienes Públicos. Derecho Urbanístico. Ed. Marcial Pons, Madrid 1990, pag. 404. CARCELLER FERNANDEZ, ANTONIO. "Introducción al Derecho Urbanístico", Ed. Tecnos, Madrid 1992, pags. 34 y 35. GALLEGU ANABITARTE, ALFREDO. "Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones. Expropiaciones y venta forzosa", antes cit. pags. 23 y ss.

inequívoco rango infralegal.

Como ya ha sido puesto de manifiesto, es perfectamente conforme a la Constitución, y a la reserva por ella consagrada en materia dominical, que una norma de rango inferior a la ley pueda entrar a regular aspectos del ejercicio y de la delimitación del contenido del derecho de propiedad. Incluso, en ciertos supuestos, la remisión legislativa a normas de este tipo, no representa sólo una posibilidad, sino una necesidad para garantizar el cumplimiento efectivo de las finalidades sociales que el constituyente pretende alcanzar.<sup>173</sup>

Este parece ser el caso del régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria urbana. La Ley, en cuanto disposición abstracta y genérica, no pocas veces carece de la capacidad suficiente para captar adecuadamente los muy específicos problemas que surgen en la ordenación jurídica del suelo urbano, en especial en lo que atañe a la concreción de las exigencias derivadas de la función social, las cuales varían en una gran medida dependiendo de múltiples y puntuales factores. En este contexto, el Plan se muestra como el instrumento apropiado para dar respuesta normativa a esos específicos problemas, colmando, de esta forma, la insuficiencia que a este respecto pudiese padecer la Ley.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> Vid. la jurisprudencia extractada en nota 158 y la bibliografía citada en nota 160 del presente Capítulo.

<sup>174</sup> La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional al estudiar el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Reforma Agraria Andaluza (STC 37/1987 de 26 de Marzo Fto. Jco. 3º) había sido anunciada bajo la vigencia del Texto Refundido de 1976, entre otras, en las SSTS de 13 Noviembre 1986 (Cont-Adm) Cdo. 9º (RJA 8073) y 2 de Febrero de 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 2043), en donde en esta última se afirma textualmente que *"Sobre esta base, ha de recordarse que los Planes Urbanísticos y por tanto los Planes especiales, a pesar de su rango reglamentario, son instrumentos aptos para determinar el contenido del derecho de propiedad sin vulneración constitucional, pues el art. 33.2 de la Constitución advierte que la función social de la propiedad delimitará su contenido, no por medio de la Ley, sino "de acuerdo con las leyes" y los Planes se dictan en virtud de la remisión hecha por el artículo 76 del Texto Refundido de la Ley del Suelo"*. Esta línea jurisprudencial se consolida en posteriores resoluciones del Tribunal Supremo en donde ya se hace referencia expresa a la STC 37/1987. A título ejemplificativo Vid. SSTS 17 Junio 1989 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 9º (RJA 4730), 28 Noviembre 1990 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 9307), 3

Ahora bien, la posibilidad o necesidad de la remisión legislativa al Planeamiento Urbanístico no puede constituir un cheque en blanco a favor de la actuación administrativa en éste contenida, ya que indudablemente nos hallaríamos ante una operación de deslegalización que contravendría la *ratio* de la reserva de ley que la Constitución establece para regular el ejercicio y delimitar el contenido del derecho de propiedad.<sup>175</sup>

La reserva legal de los Arts. 53.1 y 33.2 CE exige al legislador de 1992 que agote toda la capacidad de normación que pueda desplegar. La Ley del Suelo debe regular el ejercicio del derecho de propiedad urbana hasta donde su naturaleza de norma abstracta y genérica se lo permita. Tan sólo cuando se haya llegado hasta este punto, el Plan podrá entrar en juego.<sup>176</sup> Por lo tanto, a la Ley del Suelo le corresponde adoptar la normativa básica y de fondo, mientras que al Plan le atañe la concreción de esa regulación para los aspectos puntuales y de detalle, de acuerdo con las directrices generales fijadas legislativamente.<sup>177</sup>

---

Enero 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho 6º (RJA 495), 12 de Febrero de 1991 (Cont-Adm.) Fto. Dcho. 10º (RJA 948), 11 de Marzo de 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 1982), 17 Abril 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 3412), 22 Mayo 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho 3º (RJA 4286), 3 Septiembre 1992 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 9º (RJA 6951), 12 Julio 1994 (Cont-Adm) Fto. Dcho 3º (RJA 5538).

<sup>175</sup> Tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en ST 30 Enero 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 615) "La definición con rango legal del suelo urbano constituye un límite a la potestad de planeamiento [...]".

<sup>176</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "Régimen urbanístico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración", antes cit. pag. 35. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pag. 475. DELGADO-IRIBARREN NEGRAO, MANUEL y BALLESTEROS FERNANDEZ, ANGEL. "Comentarios a la Ley del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo. (Ley 8/1990 de 25 de Julio. BOE del 27). Ed. Comares, Granada 1990, pag. 36. GONZALEZ PEREZ, JESUS. "Comentarios a la Ley del Suelo (texto Refundido de 1992)", antes cit. pag. 131.

<sup>177</sup> Este reparto de lo que constituye el objeto de regulación correspondiente a la Ley del Suelo y al Planeamiento urbanístico ha sido corroborado por el Tribunal Supremo en STS 16 Diciembre 1985 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 5º (RJA 655), donde expresamente se manifiesta que "La Ley del Suelo, cabecera del grupo normativo en la materia [...] agota por sí misma, en cuanto ello es posible, la regulación abstracta y general, pero cumplido este cometido son los Planes, los que, por remisión o reenvío formal de aquélla, realizan las determinaciones singularizadoras en cada porción del territorio



De lo que se trata ahora es de intentar precisar si estas consideraciones dogmáticas generales son de efectivo cumplimiento en el articulado del Texto Refundido de 1992.

La vigente Ley del Suelo asume la labor de proceder a la instrumentalización de la función social que ha de cumplirse en el ejercicio del derecho de propiedad urbana.<sup>178</sup> Así, en su Art. 3 se incluye como una las "Finalidades y atribuciones de la actuación urbanística", procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad, garantizando el cumplimiento de las obligaciones y cargas derivadas de la misma.

En congruencia, con este objetivo de lograr la efectiva realización de la función social, la Ley del Suelo establece una serie de deberes y obligaciones de necesario cumplimiento en el ejercicio de la propiedad inmobiliaria urbana. Entre otros destacan, el deber de los propietarios de incorporarse al proceso urbanizador y edificatorio cuando hubiese sido aprobado el planeamiento preciso (Art. 19 TR.), los deberes de cesión de terrenos y equidistribución, así como el deber de costear la urbanización y solicitar la licencia pertinente en los plazos establecidos (Art. 20 TR.).

Además, la Ley fija cuáles son las consecuencias que se derivan tanto del cumplimiento, como del incumplimiento de los deberes y obligaciones de contenido social por ella establecidos. Su acatamiento actúa como auténtico "salvoconducto" que permite al propietario acceder al siguiente estadio en el proceso de adquisición sucesiva de las facultades urbanísticas (Art. 23 TR.). En este sentido, el Art. 20.2 TR. dispone que "el cumplimiento

---

nacional".

<sup>178</sup> FERNANDEZ CARCELLER, ANTONIO. "Introducción al Derecho Urbanístico", antes cit. pag. 57. MARTIN BLANCO, JOSE S. "Estudios sobre la Ley 8/1990 de Reforma del Régimen Urbanístico", Ed. Colex, Madrid 1991, pag. 60.

de estos deberes determina la gradual adquisición de las facultades urbanísticas que se definen en la Sección siguiente". Por el contrario, respecto de su incumplimiento, la ley responde estableciendo sanciones que van desde la reducción del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación privada, hasta la venta o expropiación forzosa de los terrenos de que se trate. (Arts. 30, 207 y 227 TR.).

Precisamente, el estudio de las consecuencias derivadas de la inobservancia de los deberes legales, puede contribuir a demostrar que mediante su imposición el legislador de 1992 opera la instrumentalización del abstracto principio constitucional de la función social en el marco de la propiedad inmobiliaria urbana.

En una forma plenamente coherente con la Ley de Expropiación Forzosa (Arts. 71 y ss), el Art. 206.1 de la vigente Ley del Suelo prescribe que el incumplimiento de la función social de la propiedad urbana es causa suficiente que legitima la puesta en marcha del procedimiento expropiatorio. Sin embargo, el Texto Refundido de 1992 no se conforma únicamente con esta declaración genérica, sino que realiza un ulterior esfuerzo normativo al intentar precisar cuándo ha de entenderse incumplida la función social. En lo que se refiere a la propiedad del suelo urbano este incumplimiento aparece ligado a la inobservancia de los plazos establecidos para la urbanización de terrenos y su edificación o, en general, de los deberes básicos impuestos por la Ley, así como a la parcelación ilegal en suelo urbanizable no programado o no urbanizable (Art.207 letras a) y b) TR.).

Por consiguiente, a senso contrario, se deduce que la Ley del Suelo considera que, en el ámbito de la propiedad urbana, el principio constitucional de la función social se materializa en la exigencia del cumplimiento de los deberes básicos por ella estatuidos y, en concreto, en la observancia de los plazos establecidos para la urbanización y edificación de

terrenos.

Por otra parte, a lo largo del articulado del Texto Refundido de 1992 se pueden hallar numerosas llamadas a la colaboración normativa del Planeamiento Urbanístico. A título ejemplificativo vamos solamente a referirnos a algunas de ellas que consideramos más trascendentes en lo que concierne al régimen jurídico de la propiedad urbana y la delimitación del contenido de este derecho por obra de la función social.

El Plan comparte con la Ley, y por remisión de ella, la labor de establecer la forma y limitaciones en las que deberá producirse la utilización del suelo (Art. 8 TR.). Asimismo, corresponde al Planeamiento calificar y, en consecuencia, incorporar el territorio de que se trate a alguna de la clases de suelo fijadas por la Ley en sus Arts. 9 y ss. TR. Finalmente, la ejecución del Planeamiento implicará el cumplimiento de los deberes que la Ley prescribe como condición para la adquisición gradual de las facultades urbanísticas (Art. 20 TR.).

En consecuencia, de la letra de esta última disposición se deduce que la ejecución del Plan ha de ir enderezada a garantizar, en los distintos supuestos específicos, la plena efectividad de los genéricos deberes y obligaciones legales que el propietario del suelo urbano ha de cumplir en el ejercicio de su derecho. Quiere ello decir que el legislador de 1992 es quien asume personalmente el cometido de trazar los deberes generales que han de observarse en el ejercicio del derecho de propiedad urbana. El Plan no impone *ex novo* ningún tipo de obligación para el propietario, sino que ha de dedicarse en exclusiva a concretar y determinar las exigencias derivadas de los genéricos deberes legales para cada supuesto específico.

Pero además hay que añadir que cuando el Planeamiento actúa en la concreción de tales deberes éste ha de mantenerse siempre dentro del pleno respeto a la Ley, ya que, por

un lado, ha de emplearse en la consecución de las finalidades sociales que aquélla se plantea, evitando dirigir su acción a la realización de objetivos distintos a los perseguidos legislativamente<sup>179</sup> y, por otro lado, para que ello sea posible, es necesario que se respeten las directrices de su actuación previamente fijadas en vía legal.

En suma, el Texto Refundido de 1992 diseña un programa general común, en virtud del cual ha de desenvolverse el proceso urbanizador.<sup>180</sup> Desde este punto de vista, el citado texto legal puede ser considerado como un "auténtico estatuto jurídico del suelo urbano", habida cuenta que contiene la normativa básica y de fondo relativa a su uso, utilización y destino.<sup>181</sup> Mientras, al Planeamiento le compete llevar a cabo la actualización y especificación del programa general establecido por la Ley<sup>182</sup>, ocupándose de los pormenores y cuestiones de detalle que pudieran surgir respecto a su proyección y ejecución en los distintos momentos y supuestos concretos.

Todo lo dicho parece indicar que en el marco del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, el Planeamiento se mueve dentro de la más pura ortodoxia del principio de la

---

<sup>179</sup> ROMERO GOMEZ, FEDERICO. "El respeto del contenido esencial de la propiedad urbana en el nuevo régimen urbanístico: Criterios para el control jurisdiccional de la técnica del aprovechamiento tipo", en RDU, Marzo-Abril de 1994, pag. 71.

<sup>180</sup> Extrapolamos aquí las ideas vertidas con ocasión de la Ley de Reforma 8/1990 por SORIANO GARCIA, JOSE EUGENIO. "Las facultades dominicales en la tercera Ley del Suelo", en AA.VV. "Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo", Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid 1991, pag. 131.

<sup>181</sup> Vid. párrafos 3 y 4 del apartado III del Preámbulo de la Ley del Suelo de 12 de Mayo de 1956. En este mismo sentido, GONZALEZ PEREZ, JESUS. "Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)", antes cit. pag. 85.

<sup>182</sup> BASSOLS COMA, MARTIN y GOMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL. "La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos", antes cit. pag. 66 y ss. LASARTE, CARLOS. "Propiedad privada e intervencionismo administrativo", antes cit. pag. 160. ESCRIBANO COLLADO, PEDRO. "La propiedad privada urbana. Encuadramiento y régimen", antes cit. pag. 181. DIEZ PICAZO, LUIS. "Los límites al derecho de propiedad en la legislación urbanística", antes cit. pags. 248 y 249.

reserva legal,<sup>183</sup> y por lo tanto, con respeto a la Constitución en sus Arts. 33.2 y 53.1.<sup>184</sup>

Sin embargo, estas aseveraciones que tienen perfecto cumplimiento a nivel teórico y general, pueden resultar oscurecidas cuando se aborda más en profundidad el margen de actuación del que goza en la práctica el Plan.

Toda esta temática gira en torno al inusitado protagonismo que el Planeamiento adquiere en el vigente régimen jurídico de la propiedad del suelo urbano. En la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 12 de Mayo de 1956 se afirmaba textualmente que "el planeamiento es la base fundamental y necesaria de toda ordenación urbana".<sup>185</sup> Si esta

---

<sup>183</sup> Son palabras de ESCRIBANO COLLADO en alusión a la calificación normativa que el Tribunal Supremo efectúa de los Planes Urbanísticos. Más ampliamente, ESCRIBANO COLLADO, PEDRO. "La propiedad privada urbana. Encuadramiento y régimen", antes cit. pag. 142. Del mismo autor, "Función social y propiedad privada urbana: Estudio de jurisprudencia", cit. pag. 224.

<sup>184</sup> El mecanismo utilizado por el Texto Refundido de 1992 para determinar el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación privada y el margen de actuación que se atribuye al Plan en estos casos, es un claro ejemplo que corrobora la afirmación del pleno respeto a la reserva de ley en materia de propiedad privada. Según el Art. 27 TR "el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación por el titular de un terreno será el resultado de referir a su superficie el 85 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentre, calculado en la forma señalada por los artículos 96 y 97". Consecuentemente, el cálculo del aprovechamiento tipo constituye un *prius* para la determinación del porcentaje indentificable con el aprovechamiento susceptible de patrimonialización. De acuerdo con el Art. 95 TR, corresponde al Plan General o Programa de Actuación Urbanística o instrumentos equivalentes, según los casos, la definición del aprovechamiento tipo respectivo. En este punto podría surgir la duda de si existe una vulneración de la reserva de ley constitucionalmente establecida, ya que al remitirse la Ley del Suelo al Plan para el cálculo del aprovechamiento tipo, se le está confiando indirectamente una cuestión tan importante como la fijación del porcentaje de aprovechamiento susceptible de apropiación privada. La respuesta a ese interrogante dubitativo ha de ser negativa. El Texto Refundido de 1992 es en esta materia respetuoso con la reserva de ley, ya que el Planeamiento no puede proceder al cálculo del aprovechamiento tipo en la manera que estime más adecuada o conveniente, sino que se encuentra obligado a hacerlo siguiendo las taxativas reglas establecidas por la Ley en sus Arts. 96 y 97. Por lo tanto, el Plan carece de libertad de movimientos, porque las directrices generales de su actuación se le prescriben legislativamente de manera imperativa.

<sup>185</sup> La insistencia de la doctrina en resaltar la importancia que adquiere el Plan en la configuración del régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria se ha manifestado a lo largo de los años de vigencia de las diferentes Leyes del Suelo; Vid, al respecto, como más significativos, GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. "Ley del suelo y futuro del urbanismo", en ADC, Tomo 11 (I) 1958, pag.

aseveración era cierta en esa fecha, con mucha mayor razón podrá ser mantenida en la actualidad.<sup>186</sup>

Durante las últimas décadas se ha producido un éxodo masivo del medio rural a los núcleos urbanos, que ha generado una gran aglomeración de población en torno a éstos últimos. Esta acumulación de población en las ciudades ha agravado en una doble dirección la dificultad inmanente a los procesos de ordenación urbanística. Por una parte, se plantea el problema de la expansión hacia el exterior del núcleo urbano propiamente dicho. Por otra parte, en la ordenación del suelo urbano cada vez surgen problemas más específicos y concretos, debido a que existe una mayor concentración de la propiedad inmobiliaria.

La mayor complejidad que revisten los procesos de ordenación urbanística lleva a que las últimas reformas legislativas relativas al régimen del suelo urbano potencien la acción de la técnica planificadora. En esta línea, el Texto Refundido de 1992 apuesta decididamente por el Plan, convirtiéndolo en un instrumento en el que encuentran apoyo importantes

---

488. MARTIN BLANCO, JOSE. "Legislación urbanística y Derecho Privado. Ideas sobre el urbanismo", antes cit. pags. 16 y ss. DIEZ PICAZO, LUIS. "Problemas jurídicos del urbanismo", antes cit. pag. 41. DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El urbanismo desde la perspectiva del Derecho Privado", antes cit. pag. 286 y 290. Del mismo autor, "Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas", antes cit. pag. 8. Idem. "Estudios sobre Derecho de los bienes", cit. pag. 532. ARGULLOL MURGADAS, ENRIQUE. "Los proyectos de delimitación del suelo urbano: una nueva figura urbanística", en REDA, núm. 20 Enero-Marzo de 1979, pag. 58. ESCRIBANO COLLADO, PEDRO. "La propiedad privada urbana. Encuadramiento y régimen", antes cit. pag. 164. CARRASCO PERERA, ANGEL. "Ius aedificandi y accesión. La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos". Ed. Montecorvo, Madrid 1986, pags. 443 a 445. FERNANDEZ CARCELLER, ANTONIO. "Introducción al Derecho Urbanístico", antes cit. pag. 33.

<sup>186</sup> En esta línea señala el Tribunal Supremo en ST 25 Junio 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 4889) que "En tiempos relativamente recientes los poderes públicos han puesto especial énfasis en la ordenación urbana [...] y esto ha hecho que el plan urbanístico haya recibido un tratamiento normativo y doctrinal superior en extensión e intensidad al de otras manifestaciones de la función planificadora".

competencias en la delimitación del régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria urbana.<sup>187</sup>

Precisamente, la trascendencia que revisten ciertas funciones cuya realización se atribuye al Planeamiento, suscita la duda de si el legislador de 1992 ha desplegado toda su capacidad de normación, recogiendo la totalidad de la normativa básica y de fondo, o si por el contrario existen vías de escape que permitan al Plan abordar la disciplina de cuestiones fundamentales del régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria urbana.

A nuestro juicio, en el Texto Refundido de 1992 existen ciertos "puntos negros" en los que, indirectamente o por efecto reflejo, la regulación de algunos aspectos básicos de la ordenación jurídica dominical urbana se hace depender, en última instancia, de la normación contenida en los Planes.

Corresponde ahora intentar extraer de la Ley algunos ejemplos que sirvan de fundamento a las afirmaciones vertidas.

El Art. 23 TR dispone que el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria se integra mediante la adquisición sucesiva de ciertos derechos, entre los que se encuentran, el derecho a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico, a edificar y a la edificación. Adquisición que, como dispone el Art. 20.2 del mismo texto legal, queda subordinada al cumplimiento de los deberes que se relacionan en el párrafo 1º del propio Art. 20 TR (cesión de terrenos, costear y ejecutar la urbanización en los plazos previstos, solicitar la licencia y edificación

---

<sup>187</sup> En este entendimiento, refiriéndose a la creencia indefinida de la Ley 8/1990 de 25 de Julio en la técnica planificadora comenta SORIANO GARCIA, JOSE EUGENIO ("Las facultades dominicales en la tercera Ley del Suelo", antes cit. pags. 129 y 130.) que "la ley [...] ha hecho una apuesta "ad infinitum" por la técnica planificadora. [...] La creencia, a pie juntillas, en la técnica planificadora, "todo por el Plan, nada sin el Plan", es uno de los talones de Aquiles de esta ley, que exagera la importancia de este instrumento al hacer descansar sobre el mismo la totalidad de la reforma, sin prever mecanismos de flexibilización y corrección suficientes".

en los plazos establecidos y edificar los solares en el plazo fijado en la preceptiva licencia). Así pues, en primera instancia, la integración del contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria depende de las prescripciones contenidas en la ley y, en concreto, del cumplimiento de los deberes por ella establecidos.

Sin embargo, esta regla general no está exenta de puntuales excepciones en las que la integración del contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria urbana no queda sujeta a las prescripciones legales, sino a la aprobación del Planeamiento correspondiente. Vamos a centrar nuestra atención especialmente en alguna de ellas.

En el TR 1992 pueden apreciarse supuestos en los que la adquisición de específicas facultades urbanísticas no queda sujeta al cumplimiento de los deberes legales, sino directamente subordinada a la aprobación del Plan. En tal situación nos encontramos cuando se trata del derecho a urbanizar. Como reza el Art. 24. 1 TR "La adquisición del derecho a urbanizar requiere la aprobación del planeamiento preciso en cada clase de suelo".

De estas observaciones se extrae la conclusión de que la posibilidad, con la que se identifica la facultad de urbanizar, de dotar a un terreno de los servicios o infraestructuras necesarias para que adquiera la condición de solar no depende del comportamiento debido legalmente exigido al propietario, sino de la aprobación del correspondiente Planeamiento Urbanístico.

Algo similar acontece para el caso del aprovechamiento urbanístico susceptible de patrimonialización. Como regla general, el propietario sólo tiene derecho a éste cuando haya cumplido los deberes legales de cesión, equidistribución y urbanización (Art. 26 TR). Hasta este punto ninguna crítica. El problema surge cuando se trata del suelo urbano no incluido



en una unidad de ejecución, ya que en tales hipótesis el aprovechamiento urbanístico se entenderá adquirido por la aprobación del Planeamiento preciso en cada caso (Art. 31 TR).<sup>188</sup> Una vez más, la adquisición gradual de facultades urbanísticas y, en definitiva, la integración del contenido de la propiedad inmobiliaria urbana no se sujeta a una conducta debida legalmente exigida al propietario, sino directamente a la aprobación del Plan.

A estos ejemplos se pueden añadir otros en los que la adquisición de las facultades urbanísticas también depende de la aprobación del Plan, si bien ahora esta relación de dependencia se manifiesta de manera indirecta, a diferencia de lo que sucedía en el supuesto anterior.

Nos referimos a aquellos preceptos del Texto Refundido de 1992 en los que el efectivo cumplimiento de los deberes legales al que se condiciona la adquisición de las facultades urbanísticas en ella contenidos no se halla subordinado a la Ley o exclusivamente al comportamiento del propietario afectado, sino casi totalmente a la aprobación del Planeamiento Urbanístico.<sup>189</sup>

Según el Art. 19 TR., "La aprobación del planeamiento preciso según la clase de suelo de que se trate, determina el deber de los propietarios afectados de incorporarse al proceso urbanizador y edificatorio, en las condiciones y plazos previstos en el planeamiento o legislación urbanística aplicables, conforme a lo establecido en esta Ley". Por consiguiente, de la aprobación del instrumento planificador depende que el propietario pueda incorporarse

---

<sup>188</sup> Al respecto PERALES MADUEÑO, FRANCISCO. "El régimen urbanístico del suelo en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo", en RDU Enero-Febrero 1991, pags. 35 y 36.

<sup>189</sup> En este punto coincidimos con las consideraciones apuntadas ya con anterioridad a la vigencia del Texto Refundido de 1992 por PERALES MADUEÑO, FRANCISCO. "El régimen del suelo en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo", antes cit. pag. 32.

o no al proceso urbanizador y edificatorio. Es decir, la puesta en marcha del procedimiento a lo largo del cual, y mediante el cumplimiento de los deberes legales, se van adquiriendo sucesivamente las distintas facultades urbanísticas no queda sujeta a la iniciativa del propietario, sino a la aprobación del planeamiento preciso, según la clase de suelo de que se trate.

Por lo tanto, si la adquisición de las facultades urbanísticas está subordinada al cumplimiento de los deberes legales, y si depende exclusivamente de la aprobación Plan la posibilidad de dar efectivo cumplimiento de los citados deberes, indirectamente también dependerá de él la adquisición de las facultades que integran el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria.

Finalmente, la dicción de los Arts. 8 y 9 TR replantea la duda de si en estos supuestos específicos, la determinación del régimen jurídico de la propiedad queda subordinada en última instancia a lo que disponga el Planeamiento y no la Ley.

Según el Art. 8 TR "la utilización del suelo [...] deberá producirse en la forma y con las limitaciones que establezcan la legislación de ordenación territorial y urbanística y, por remisión de ella, el planeamiento, de conformidad con la clasificación y calificación urbanística de los predios". De este precepto puede deducirse que el régimen jurídico de la propiedad urbana se halla en función del tipo del suelo de que se trate. A su vez, y en virtud del Art. 9 TR, corresponde al Planeamiento la clasificación del suelo en todas o algunas de las siguientes clases: suelo urbano, urbanizable y no urbanizable o equivalentes.

Acudimos en este punto a la utilización de un razonamiento silogístico para obtener la conclusión a la que pretendemos llegar. Si el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria

urbana depende de la clase o tipo de suelo de que se trate, y si compete al Plan la realización de tal clasificación, se puede concluir que el régimen jurídico de la propiedad del suelo urbano dependerá indirectamente del Planeamiento Urbanístico.<sup>190</sup>

Como fundamento de estas afirmaciones, basta con observar las distintas consecuencias que se extraerían para el régimen jurídico de la propiedad de un terreno, dependiendo únicamente de si el Plan lo califica como suelo urbanizable o no urbanizable. En el primero de los casos, el suelo podría ser destinado a usos urbanísticos procediéndose a su urbanización o edificación. Sin embargo, en el segundo de los supuestos referidos el suelo sólo podría ser destinado a usos agrícolas, pecuarios o cinegéticos (Art. 15 TR.). Como acertadamente señala GONZALEZ PEREZ, depende del Planeamiento "que un terreno quede reducido para siempre a no servir nada más que para usos agrícolas o pueda servir de base a los más altos rascacielos...".<sup>191</sup>

Por efecto reflejo puede, pues, sostenerse que destinar el suelo a usos y aprovechamientos agrarios o urbanísticos es una decisión que no queda sujeta a la Ley, sino a la calificación del suelo efectuada por el Planeamiento de turno.

Con estos ejemplos hemos querido llamar la atención sobre ciertos supuestos en los que, de manera directa o indirecta, no se confía a la ley, sino al Planeamiento la delimitación del contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria. Si se admite esta tesis, el Texto

---

<sup>190</sup> De la misma opinión son ARROYO GARCIA, JUAN / CHOROT NOGALES, FRANCISCO / LLISSET BORREL, FRANCISCO / LOPEZ PELLICER, JOSE A. "Comentarios a la Ley del Suelo y sus Reglamentos", antes cit. pag. 591. De manera similar aunque no tan específicamente, ARGULLOL MURGADAS, ENRIQUE. "Los proyectos de delimitación del suelo urbano: una nueva figura urbanística", antes cit. pag. 60.

<sup>191</sup> GONZALEZ PEREZ, JESUS, "Comentarios a la Ley del Suelo. Texto Refundido de 1992", cit. pag. 131.

Refundido de 1992 podría estar violando la reserva de ley constitucionalmente fijada.<sup>192</sup>

En esta conjetura, el Plan estaría invadiendo el campo reservado por la Constitución a la Ley, al abordar en su regulación cuestiones sustanciales y fundamentales en la delimitación del contenido del derecho de propiedad urbana, como hacer depender de sus dictados la adquisición de las facultades urbanísticas o la determinación del uso y destino aplicable a cada tipo específico de suelo. De este modo, el Planeamiento se convertiría en soberano<sup>193</sup>, porque no delimitaría el contenido dominical de acuerdo con la ley, sino según su propio criterio. Incluso se podría llegar un poco más lejos, ya que, al depender del Plan la adquisición de las facultades urbanísticas, ni siquiera habría delimitación del contenido dominical en el sentido de conformación y configuración del mismo, sino que sería el propio Planeamiento quien dotase *ex novo* a la propiedad de su contenido urbanístico, actuando no como un título modificativo, sino constitutivo y definidor de la estructura básica del derecho.<sup>194</sup>

En conclusión, aunque en genérica y dogmáticamente se pueda sostener que el Texto Refundido es respetuoso con la reserva de ley establecida por la Constitución para la

---

<sup>192</sup> Así lo admiten, entre otros, GARCIA SORIANO, JOSE EUGENIO. "Las facultades dominicales en la tercera Ley del Suelo", antes cit. pag. 133. MARTI MINGARRO, LUIS. "Reflexiones sobre el derecho de propiedad en la Reforma de la Ley del Suelo", en AA.VV. "Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo", Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid 1991, pag. 270.

<sup>193</sup> Como estima GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO ("Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones. Expropiaciones y venta forzosa", antes cit. pag. 21) "al arrancar de la afirmación de que el propietario del suelo no tiene derecho a edificar, ya que este derecho lo recibe del planeamiento, el planeamiento urbanístico se configura necesariamente como soberano, arbitrario".

<sup>194</sup> DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas", antes cit. pags. 15 y 16. Del mismo autor, "Estudios sobre Derecho de los bienes", cit. pag. 563. SORIANO GARCIA, JOSE EUGENIO. "Las facultades dominicales en la tercera Ley del Suelo", antes cit. pag. 134. GONZALEZ PEREZ, JESUS. "Comentarios a la Ley de Suelo. Texto Refundido de 1992", antes cit. pags. 118 y 119, en concreto nota núm. 14.

regulación del ejercicio y delimitación del contenido del derecho de propiedad, ello no es óbice para admitir que en ciertos puntos específicos de su articulado existen habilitaciones que, de manera mediata o refleja, permiten al Planeamiento Urbanístico adoptar decisiones básicas y de fondo relativas al régimen jurídico del suelo urbano, lo que nos hace por lo menos dudar de si se está invadiendo, así, una esfera que la Constitución reserva exclusivamente a la Ley.

## **CAPITULO SEXTO**

### **LOS LIMITES A LAS INTERVENCIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE PROPIEDAD**

## I. LA EFECTIVA REALIZACION DE LAS EXIGENCIAS SOCIALES DE LA ENTERA COLECTIVIDAD COMO PRESUPUESTO NECESARIO DE LAS LEYES DELIMITADORAS DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD POR RAZON DE LA FUNCION SOCIAL.

El párrafo segundo del Art. 33 CE habilita a la ley para delimitar el contenido del derecho de propiedad. Habilitación que se liga inescindiblemente a la efectiva realización del principio constitucional de la función social.

Sin embargo, la función social se muestra como una cláusula abstracta y genérica; como una noción vaga, imprecisa e indeterminada jurídicamente, pues la Constitución se limita a reconocerla como un título legitimador de las intervenciones legislativas delimitadoras del contenido del derecho de propiedad, sin definir su concepto ni precisar sus contornos generales.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> La abstracción e imprecisión inherente a la función social llevó a ciertos sectores doctrinales, encabezados principalmente por RADBRUCH y G. RIPERT, a calificar a esta fórmula como una mera mistificación, módulo evanescente o incluso mentira convencional. Los autores partidarios de esta postura parecían estar haciendo referencia expresa a las críticas que la ideología política situada en la más extrema izquierda había dirigido contra la función social. Estas críticas se basaban en afirmar que la abstracción e indeterminación propias de la función social constituían insalvables obstáculos a su efectividad y aplicación práctica, por lo cual, se concluía, que esta cláusula constitucional no tardaría en transformarse en una mera declaración verbal y programática, manifestación de la hipocresía, ya que con ella se trataba de relegitimar la concepción liberal burguesa del derecho de propiedad, en el seno de las nuevas realidades nacidas con el Estado Social. En definitiva se trataba, en opinión de esta doctrina, de un vil intento de ocultar bajo tal noción el carácter clasista de la propiedad privada. Por este motivo, estamos de acuerdo en afirmar con RESCIGNO ("Per un studio sulla proprietà", antes cit. pag. 40.) que pueda ser este ambiente crítico lo que explique el hecho de que la fórmula de la función social haya experimentado un curioso destino, ya que, teniendo en principio una clara inspiración socialista, fue luego repudiada, tras un breve período de simpatía, por la doctrina del mundo socialista. El carácter genérico e indeterminado de la función social ha sido puesto de relieve por la doctrina más relevante en la materia. Así, entre otros destacan GALGANO, FRANCESCO. "Immagini della proprietà", cit. pag. 818. Idem. "Il Diritto privato fra Codice e Costituzione", antes cit. pag. 58. Idem. "Diritto Civile e Commerciale", antes cit. pag. 328. Finalmente del mismo autor, "Intervención en el Congreso de Camerino", antes cit. pag. 69. MAZZU, CARLO "Spunti per una riflessione sulla funzione sociale della proprietà", cit. pag. 562. RODOTA, STEFANO. "Note critiche in tema di proprietà", cit. pag. 1339. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada",

La abstracción e imprecisión inherentes a la función social conllevan el riesgo de que el legislador ordinario se vea tentado de utilizar esta fórmula como un título mediante el cual se pretenda garantizar la legitimidad constitucional de cualquier limitación al libre ejercicio de las facultades dominicales, independientemente de cuales fuesen los distintos fines que con ellas se persiguiesen. En esta tesitura, bastaría que la ley llamase a la función social para reconocer validez a las intervenciones producidas, alegando que se actúa en concreción de este abstracto e indefinido principio constitucional. En otras palabras, la función social podría verse degradada a ser un "cajón de sastre" en el que tendrían cabida todo tipo de limitaciones, lo que más tarde o temprano convertiría a esta cláusula constitucional en una fuente de actitudes discrecionales o arbitrarias.<sup>2</sup>

Este grave riesgo puede ser perfectamente soslayado si se prescinde de interpretar aisladamente el Art. 33 CE y se conecta su dicción con el contexto general normativo que la rodea en la vigente Norma Fundamental.<sup>3</sup> En este ámbito contextual pueden ser encontrados toda una serie de directrices y parámetros generales a los que preceptivamente ha de atenerse legislador cuando pretende la delimitación del contenido del derecho de propiedad por razón de la función social.

Por una parte, la función social no es un principio aislado y discordante con la

---

antes cit. pag. 268. BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", cit. pag. 259. NATOLI, UGO. "La proprietà. Appunti delle lezioni", cit. pag. 119. IANNELLI, ANTONIO. "La proprietà costituzionale", antes cit. pag. 185. PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", antes cit. pag. 433. LASARTE, CARLOS. "Propiedad privada e intervencionismo administrativo", antes cit. pag. 141.

<sup>2</sup> En este mismo entendimiento BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit. pag. 259.

<sup>3</sup> A nuestro modo de ver, no sólo las leyes deben ser interpretadas conforme a la Constitución, sino que también el sentido de los propios preceptos constitucionales, incluido el Art. 33.2 CE, ha de extraerse desde y de conformidad con el mismo Texto Fundamental, en donde se podrán hallar abundantes directrices y parámetros que lleven a buen fin la actividad interpretativa de que se trate.



dirección en la que se mueve el discurso constitucional, sino manifestación en el ámbito dominical de ese intenso espíritu socializante que invade la Constitución y empapa los pilares básicos del orden que se persigue instaurar con su promulgación.<sup>4</sup> En esta línea, entendemos que la función social instrumentaliza en el ámbito de las relaciones dominicales los valores superiores que propugna nuestro Estado Social y Democrático de Derecho (Art. 1.1 CE)<sup>5</sup>, estableciendo, de este modo, las bases de un orden patrimonial socialmente justo.<sup>6</sup>

Así pues, la función social puede considerarse como proyección de la efectiva realización del principio de igualdad material (Arts. 1.1 y 9.2 CE) en el marco de la utilización de los bienes, pues contribuye a lograr una más equitativa distribución de las rentas y riquezas que evita la gran desigualdad de hecho que en otros tiempos hubo entre las fortunas.

Esta aportación en favor de la efectiva igualdad material, constituye simultáneamente un alegato en pro de la libertad real y no meramente formal (Arts. 1.1 y 9.2 CE). Si la función social impide la creación de desigualdades sociales y económicas, igualmente podrá ser conceptuada como un serio obstáculo a que la autoridad sobre las cosas pueda volver a ser utilizada como instrumento de dominación sobre las personas.

En consecuencia, los Arts. 1.1 y 9.2 CE vienen ya a delimitar el marco general en el

---

<sup>4</sup> Tal y como señala el Tribunal Supremo retomando la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en STC 22 Noviembre 1982, "la Constitución se configura como un Ordenamiento armónico unívoco, por lo que no pueden ser interpretados sus preceptos sino de conformidad con el sistema de valores que la Constitución consagra" (STS. 11 Febrero 1985 (Cont-Adm) Cdo.4º RJA 483).

<sup>5</sup> Análogamente para el ordenamiento jurídico italiano, PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 277.

<sup>6</sup> ESCRIBANO COLLADO, PEDRO. "La propiedad privada urbana. (Enquadramiento y régimen)", antes cit. pag. 122.

que ha de desenvolverse la acción del legislador cuando conforma el contenido del derecho de propiedad por razón de la función social: procurar la realización de la libertad e igualdad material en el ámbito de las relaciones derivadas del ejercicio de los poderes dominicales.

Ahora bien, la Constitución no se conforma sólo con diseñar la esfera en la que han de desarrollarse las intervenciones legislativas, sino que además suministra las pautas que orientan y fijan la dirección en la que debe moverse la ley en ese contexto general si efectivamente se pretende alcanzar la consecución de la libertad e igualdad material mediante la concreción del principio constitucional de la función social.

En efecto, aunque el Art. 33.2 CE no recoja una definición de la cláusula de la función social, nuestra Norma Fundamental, en preceptos sucesivos, ofrece no pocos y trascendentes criterios generales de materialización que suponen ya una primera aproximación a la concreción y exacta determinación de las exigencias que se derivan de aquélla y a las que ha de ajustarse la acción del legislador.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Ya con anterioridad a 1978 LASARTE había puesto de manifiesto la conveniencia de que la Constitución contuviese criterios de materialización de los principios constitucionales, entre los cuales debería hallarse el tan repetido módulo de la función social. Sobre esta cuestión LASARTE, CARLOS. "Propiedad privada e intervencionismo administrativo", antes cit. pag. 147. Tras la llegada de la vigente Norma Fundamental no han sido pocos los autores que consideran que ésta contiene las pautas que suponen ya una primera y aproximativa concreción de la abstracta cláusula de la función social a la que ha de atenerse el legislador ordinario cuando delimita el contenido del derecho de propiedad por este motivo. Entre otros destacan, BASSOLS COMA, MARTIN. "Constitución y sistema económico", antes cit. pags. 122 y 123. GARRIDO FALLA, FERNANDO. "Comentarios a la Constitución", antes cit. pag. 1879. DIEZ PICAZO, LUIS. "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad en la Constitución", antes cit. pag. 1257. HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "La propiedad privada y su función social en la Constitución", antes cit. pag. 19. PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo III, antes cit. pags. 412 y ss. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", cit. pag. 141. A contrario, ESCRIBANO COLLADO, PEDRO ("La propiedad privada urbana...", cit. pag. 135) quien considera que "posiblemente la limitación más importante de la declaración constitucional sea el remitir la determinación de la función social al legislador, sin ofrecer criterios de definición o de apreciación de la misma a los que necesarimanete deba ajustarse aquél."

Así, en el orden económico la función social de la propiedad privada parece proyectarse a modo de subordinación al interés general de toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad (Art. 128 CE)<sup>8</sup>. Para conseguir estas finalidades de interés económico general, la Constitución impone a los poderes públicos (incluido el legislador) ciertos mandatos o comportamientos debidos, tales como promover las condiciones favorables para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (Art. 40.1 CE), o atender a la modernización de todos los sectores económicos (Art. 130.1 CE). En otras ocasiones, esos mandatos se transforman en meras habilitaciones que dotan, en consecuencia, de una mayor libertad de acción a los poderes públicos. A título ejemplificativo, el Estado podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas y estimular el crecimiento de la riqueza y su más justa distribución (Art. 131 CE).

En el ámbito social, la función de este mismo género asignada a la propiedad privada cristaliza en toda una serie de medidas constitucionales que pretenden favorecer a la clases más débiles para equilibrar, en la medida que sea posible, su situación con la de aquéllos que detentan el capital y la propiedad de los medios de producción. Además de la ya antes citada obligación de los poderes públicos de procurar la efectiva realización de la libertad e igualdad materiales, entre otras cosas, éstos deberán también promover las condiciones favorables para el progreso social (Art. 40.1 CE), estableciendo los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (Art. 129. 2 CE), velando por la seguridad e higiene en el trabajo, garantizando el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral y el reconocimiento del derecho a las vacaciones periódicas retribuidas

---

<sup>8</sup> La íntima relación existente entre los Arts 33.2 y 128.1 CE y la consideración de éste último como una concreción del principio general en aquél contenido, ha sido puesta de relieve por la doctrina. Vid., por todos, GALGANO, FRANCESCO. "Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione", antes cit. pag. 154. Idem. "Diritto Civile e Commerciale", Vol. III, antes cit. pag. 330.

(Art 40.2 CE), manteniendo un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes antes situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (Art. 41 CE), etc.

Por lo tanto, de los preceptos citados y de los criterios de materialización en ellos contenidos parece que la Constitución identifica el principio de la función social con la afectación de la propiedad privada a la realización de fines supraindividuales de carácter solidarístico<sup>9</sup> que resultan ubicables en el marco de la consecución del bienestar económico y social de la entera colectividad.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Así lo entienden, SANDULLI, ALDO M. "Profili costituzionali della proprietà privata", antes cit. pag. 356. COSTANTINO, MICHELE. "Propietarios y sujetos interesados en el uso social de los bienes", antes cit. pag. 238. ESCRIBANO COLLADO, PEDRO. "La propiedad privada urbana (Encuadramiento y régimen)", antes cit. pag. 115.

<sup>10</sup> STEFANO RODOTA ha sido uno de los autores que más esfuerzos ha dedicado a delimitar las finalidades que se pretenden alcanzar con la constitucionalización del principio de la función social. Así, en varios de sus trabajos concluye que la función social se identifica con la efectiva consecución del *"benessere economico e collettivo"*, es decir bienestar económico y colectivo. Vid. "Note critiche in tema di proprietà", antes cit. pag. 1279. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 375. "Proprietà. Diritto vigente", cit. pag. 137. "El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada", antes cit. pag. 201. Sobre esta misma cuestión, MAZZU, CARLO "Spunti per una riflessione sulla funzione sociale della proprietà", cit. pag. 562. SANDULLI, ALDO M. "Profili costituzionali della proprietà privata", antes cit. pag. 356. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", cit. pag. 171. ESCRIBANO COLLADO, PEDRO. "La propiedad privada urbana (Encuadramiento y régimen)", cit. pag. 121. La aproximación efectuada por RODOTA resulta, a nuestro juicio, acertada, pero con ello no queremos decir que no pueda ser susceptible de ciertas matizaciones que nos acerquen un poco más a los verdaderos fines que se persiguen con la afectación de la propiedad privada al cumplimiento de la función social. Al respecto, hay que comenzar señalando con LASARTE ("Propiedad privada e intervencionismo administrativo", cit. pag. 145) que parece evidente que la socialidad ha de referirse al conjunto de condiciones económicas impuestas por el bienestar social. En efecto, la consecución del bienestar social exige una determinada forma de organizar la actividad y las relaciones económicas. Forma de organización que ha de tender hacia la mejora en las condiciones económicas no tan sólo de unos pocos sujetos o individuos, sino de la totalidad de los que integran la comunidad social, ya sea aisladamente o en grupos. El más equitativo reparto de la riqueza y el intento de reducir las diferencias económicas entre las distintas clases sociales son condiciones que vienen impuestas si se pretende el bienestar social de todos y no sólo de unos pocos individuos o clases sociales. En resumen, el bienestar económico de la entera colectividad llevará al bienestar social de todos, sin excepción de clases o estamentos determinados. Es precisamente en este punto donde hacemos la matización a la identificación efectuada por RODOTA entre función social y bienestar económico y colectivo, ya que siguiendo a KARL DOEHRING ("Estado Social, Estado de Derecho y orden Democrático", en AA.VV. "El Estado

Estos fines de interés económico-social de la comunidad global son a los ha de ajustarse la acción del legislador cuando proceda a la delimitación del contenido de la propiedad privada por razón de la función social que este derecho ha de cumplir en su ejercicio.<sup>11</sup>

En esta inteligencia, podemos concluir que la función social no es un cheque en blanco que habilite a la ley para limitar el ejercicio del derecho de propiedad, independientemente de cuáles sean en realidad los fines u objetivos que con ello se quiere alcanzar.<sup>12</sup> En otras palabras, no se trata de un título que justifique y convierta, de manera automática, en constitucionalmente válida toda limitación legislativa que diga adoptarse por razón de la

---

Social", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, pags. 145 y 146.) consideramos que, en sus justos términos, "bienestar colectivo" no es equiparable al "bienestar de la entera colectividad". Lo colectivo es algo más reducido que tiene cabida dentro del misma comunidad social. En este sentido se pueden adoptar medidas legislativas que promuevan el interés colectivo, sin que ello suponga para nada la efectiva consecución del interés de la colectividad. Por ejemplo, la expropiación de un local que se pretendiese llevar a cabo para instalar en el mismo un servicio que favoreciese sólo a personas que tuviesen un determinado nivel de renta no podría ser lícita, ni mucho menos manifestación del principio de la función social, pues con esta medida se estaría promoviendo la realización del interés de un determinado colectivo, pero de ninguna manera la satisfacción del interés general de la colectividad social en su conjunto, sin excepción de sujetos o clases concretas. Por este motivo, y para evitar confusiones, preferimos identificar la función social con el bienestar económico y social de la entera colectividad, antes que con el bienestar económico y colectivo. Finalmente puede también comprobarse como a la aportación efectuada por RODOTA nosotros añadimos el término "social". Nuestra intención en subrayar la íntima relación causa-efecto que transcurre entre esos dos factores.

<sup>11</sup> GAMBARO, ANTONIO. "La proprietà", antes cit. pag. 120. SANDULLI, ALDO M. "Profili costituzionali della proprietà privata", antes cit. pag. 355.

<sup>12</sup> Análogas manifestaciones han sido realizadas en el seno del ordenamiento italiano. Así, como reconoce SANDULLI ("Profili costituzionali della proprietà privata", cit. pag. 355) "La reserva de ley expresada en el art. 42 no es sin embargo una reserva en blanco". Por su parte, STELIO MANGIAMELI ("La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali", antes cit. pag. 121.) señala que "la noción de la función social no constituye una norma en blanco, reconducible a valoraciones extranormativas de contenido variable, sino que tiene un significado exclusivamente deducible de la Constitución". En esta línea de pensamiento resulta fácil de apreciar la influencia de RODOTA, STEFANO. "Note critiche in tema di proprietà", antes cit. pag. 1286. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", cit. pag. 378. "El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada", cit. pags. 209 y 210.

función social, ya que nuestra Norma Fundamental exige que el resultado de la actividad delimitadora que ha sido llevada a cabo pueda encuadrarse inequívocamente en la consecución de las finalidades a las que se dirige ese principio constitucional. Por consiguiente, la función social no podrá ser lícitamente utilizada para cobijar bajo su manto intervenciones legislativas que en realidad respondan a fines distintos a los que se pretenden alcanzar con su constitucionalización.

Desde este punto de vista, la efectiva consecución del bienestar económico y social de la entera colectividad viene impuesta por la Constitución como un *prius* al que imprescindiblemente han de atenerse la leyes delimitadoras del contenido del derecho de propiedad por obra de la función social.<sup>13</sup>

Es de esta manera como la función social muestra su duplicidad de caras. Por un lado actúa como un título que legitima y habilita a la ley para delimitar el contenido del derecho de propiedad. Pero, por otro lado supone simultáneamente un límite a las operaciones delimitadoras del contenido dominical, pues el legislador no puede valerse de la cláusula de la función social para justificar y pretender, en consecuencia, dotar de legitimidad constitucional a intervenciones o restricciones que persigan la realización de finalidades distintas a las que se dirige su constitucionalización.

Desde esta clave interpretativa, la consecución del bienestar económico y social de la entera colectividad al que la Constitución liga el principio de la función social, constituye ya

---

<sup>13</sup> En opinión de ANGELO LENER y BIGLIAZZI NERI, la función social actúa como criterio guía de las disposiciones legislativas delimitadoras del contenido del derecho de propiedad. Sobre esta materia, BIGLIAZZI GERI, LINA. "Evoluzione ed involuzione del diritto di proprietà", antes cit. pag. 525. LENER, ANGELO. "Problemi generali della proprietà", antes cit. pag. 17. Ya en la doctrina española, LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 55.

una importante restricción a la libertad de movimientos que pueda reconocerse a la ley en el marco de la concreción de este abstracto principio constitucional.

En definitiva, es esta cara de la función social la que queremos resaltar cuando consideramos que su efectiva realización constituye ya el primer límite a las intervenciones legislativas en materia dominical.

Si se parte de que la ley no es completamente libre en la elección de las modalidades de intervención en materia de delimitación del contenido del derecho de propiedad por obra de la función social, sino que imprescindiblemente ha de atender a los fines inherentes a la constitucionalización de este principio, el problema radica ahora en determinar a través de qué mecanismos es posible articular el control de su actuación. Se trata de averiguar si existen medios efectivos que puedan compeler al legislador ordinario para que, en su intervención, procure efectivamente las exigencias derivadas de la función social y no la consecución de finalidades u objetivos distintos de los que le son propios.

Al respecto podemos decir que corresponde al Tribunal Constitucional, como custodio y garante del Orden Fundamental, hacer realidad, en la delimitación del contenido del derecho de propiedad, la sujeción de la ley a los criterios generales de materialización de la función social que son aportados por nuestra Constitución.

El parámetro fundamental que debe de presidir toda valoración realizada por el Tribunal Constitucional ha de ser asegurar la adecuación entre la finalidad social proclamada por la ley conformadora del contenido del derecho de propiedad, y el resultado efectivo al

que la disciplina establecida en ella podría conducir,<sup>14</sup> habida cuenta que la Constitución exige la perfecta correspondencia entre estas operaciones delimitadoras y la efectiva realización de los fines de interés económico-social de la entera colectividad a los que se dirige la constitucionalización del principio de la función social.

Por este motivo, aunque parezca obvio o evidente, el primer paso a dar para constatar la legitimidad y validez constitucional de las leyes que delimitan el contenido del derecho de propiedad por razón de la función social es comprobar si esas intervenciones legislativas responden efectivamente a la realización de las exigencias derivadas de este principio constitucional. No es suficiente con que el legislador alegue que actúa promoviendo la realización de la función social de la propiedad privada, sino que además resulta constitucionalmente exigible que el resultado de la actividad delimitadora llevada a cabo se muestre inequívocamente como una manifestación de este principio constitucional.

En este sentido, serán ilegítimas, y por lo tanto deberán de ser declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, toda ley que pretenda justificar una merma del contenido dominical en la realización del principio constitucional de la función social y, sin embargo, el resultado de esa actividad delimitadora nada tenga que ver con el bienestar económico y social de la entera colectividad.

---

<sup>14</sup> Como nos enseña RODOTA, "no cabe duda que estará en contraste con la Constitución una ley que, aunque formalmente haya sido dictada con la voluntad de alcanzar un "máximo social", en realidad no persiga el fin de bienestar económico y colectivo con el que se identifica la función social". Vid. RODOTA, STEFANO. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", antes cit. pag. 378. Igualmente, "Commentario della Costituzione", antes cit. pag. 107. "El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada", cit. pag. 320.



## **II. LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA.**

Todo lo puesto de manifiesto anteriormente parece indicar que el efectivo cumplimiento de las finalidades que se persiguen con la constitucionalización de la función social (bienestar económico y social de la colectividad) constituye ya un criterio por sí mismo suficiente para concluir definitivamente la falta de validez constitucional de la norma de que se trate. No sería necesario acudir a ulteriores comprobaciones; bastaría la inadecuación entre la finalidad social proclamada por la ley conformadora del contenido del derecho de propiedad y el resultado efectivo al que la disciplina establecida conduce, para deducir la inconstitucionalidad de la intervención así producida.

No obstante lo dicho, a contrario, el efectivo cumplimiento de las exigencias derivadas de la función social no es la única condición, ni requisito suficiente o bastante para concluir sin más la validez constitucional de una norma que limite el derecho de propiedad por este motivo. Es cierto que el primer paso a dar en este sentido es comprobar que el legislador atiende, en realidad, a los fines inherentes a la constitucionalización del principio de la función social y no a otros distintos que no le son propios. Pero, sin embargo, ese primer paso no basta por sí mismo para deducir ya la validez constitucional de la intervención legislativa, ya que además ha de ser seguido por otros pasos sucesivos.

La comprobación de que el legislador responde efectivamente al cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de la función social no es más que el primer eslabón de una cadena formada por otros muchos eslabones, al final de la cual sí podrá concluirse de manera definitiva que la intervención o limitación actuada resulta constitucionalmente válida. Antes de llegar a ese extremo podrá deducirse la ilicitud constitucional de la misma, pero no su

validez.

Pues bien, una vez confirmado que la actividad legislativa delimitadora responde en realidad a la realización de los fines inherentes a la función social, es necesario también verificar que el legislador no haya dispuesto para ello de medios absolutamente inidóneos, ilógicos, arbitrarios, abusivos o contradictorios.<sup>15</sup>

La efectiva consecución de las exigencias derivadas de la función social, aunque sea el objetivo esencial que el legislador ha de perseguir en la conformación del contenido del derecho de propiedad, no puede justificar la utilización de medios arbitrarios o discrecionales que supongan la vulneración y el sacrificio de otros derechos y principios también constitucionalmente reconocidos, como lo son la seguridad jurídica y la garantía de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (Art. 9.3 CE).

La razón de la imposibilidad de utilizar cualquier tipo de medio con el fin de conseguir la realización de las exigencias derivadas de la función social, se halla en el dato de que, con el advenimiento del Estado de Bienestar, se ha producido una profunda transformación en torno a los criterios que deben de ponderarse en la valoración de la validez constitucional de las leyes.

El orden jurídico liberal, teorizado por la Escuela de Derecho Público alemán (JELLINEK y fundamentalmente Kelsen), asume una concepción excesivamente formalista de la ley, ya que, en este contexto, se entienden como constitucionalmente válida toda

---

<sup>15</sup> Sentencia Corte Constitucional Italiana 7 de Marzo de 1964, num. 14. (Giurisprudenza Costituzionale 1964, pag. 157). Igualmente RODOTA, STEFANO. "Commentario della Costituzione italiana", antes cit. pag. 107. Idem. "El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada", antes cit. pag. 320.

disposición legislativa, que emanada del órgano competente, respetase el procedimiento prescrito.<sup>16</sup> En consecuencia, el juicio sobre la validez de las leyes queda reducido a un mero procedimiento técnico que no se hace eco del problema del contenido ni de la finalidad, sino tan sólo de la forma.<sup>17</sup>

Así pues, en el Siglo XIX, legitimidad y legalidad constitucional se identifican, porque el único requisito indispensable para la validez constitucional de las disposiciones legislativas es la forma.<sup>18</sup> En este marco, desde la perspectiva liberal, toda ley que sea constitucionalmente legal también será legítima.

La superación del positivismo jurídico propio del orden liberal, supone el abandono de la identificación legalidad-legitimidad constitucional de las leyes.<sup>19</sup> El respeto a la forma y al procedimiento establecido para la creación de las leyes ya no es la única condición necesaria para considerarlas constitucionalmente válidas, pues en el nuevo orden se exige además que el contenido material de las normas sea totalmente conforme con los valores constitucionales.

Es decir, la validez constitucional de las disposiciones legislativas ya no depende exclusivamente del criterio de la legalidad, sino que ahora ha de añadirse también el criterio

---

<sup>16</sup> SCHMITT, CARL. "Teoría de la Constitución", antes cit. pag. 153.

<sup>17</sup> GARCIA PELAYO, MANUEL. "Derecho Constitucional comparado", antes cit. pag. 56.

<sup>18</sup> Sobre la identidad y coincidencia en el orden liberal de los conceptos de legalidad y legitimidad, Vid. DE VEGA GARCIA, PEDRO. "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social", cit. pag. 121.

<sup>19</sup> "La pretensión de acoplar legalidad y legitimidad desde la simple asunción por el Derecho Constitucional de los nuevos supuestos de la realidad política [...] ha sido lo que ha permitido elaborar y dar por buena una teoría del Estado Social de Derecho sobre las bases del Estado liberal burgués". DE VEGA GARCIA, PEDRO. "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social". antes cit. pag. 122.

de la legitimidad constitucional. Por lo tanto, es perfectamente posible que una disposición normativa cumpla con la legalidad constitucional por haber respetado el procedimiento formal establecido en la Norma Fundamental para su creación y, sin embargo, no pueda reconocérsele validez constitucional porque, al mostrarse su contenido material en disconformidad con los valores y contenidos constitucionales, carezca de la legitimidad necesaria para ello.

Aplicando estas consideraciones en materia dominical, una ley que en la consecución de una finalidad de orden social utilice medios arbitrarios o discrecionales, podrá ser legalmente constitucional si ha sido creada de acuerdo con el procedimiento legislativo prescrito, pero no legítima, ya que todas las normas, incluidas las leyes, han de ser respetuosas con la Constitución no sólo en su forma externa, sino también en su contenido.

En este sentido, para reconocer la constitucionalidad de una ley que concrete las exigencias derivadas del principio de la función social, es también necesario que el legislador no haya usado en manera abusiva y desproporcionada la potestad delimitadora que le ha otorgado el Art. 33.2 CE.

Partiendo de la Constitución no es posible apoyarse en la consecución del bienestar económico y social de la entera colectividad para limitar el derecho de propiedad hasta reducirlo a la nada. Aún y cuando se constate de manera fehaciente que la actuación de la ley responde efectivamente a la consecución de los fines inherentes al principio constitucional de la función social, la validez constitucional de las intervenciones así producidas dependerá igualmente de que no se haya incurrido en una extralimitación que haga de la propiedad privada un derecho vacío de contenido sustantivo que sólo sirva a la satisfacción de los intereses ajenos y no propios de su titular.

Para evitar este fatal desenlace, la Constitución española de 1978 exige al legislador el pleno respeto a toda una pléyade de garantías que se adoptan en relación con el derecho de propiedad privada. Así, sucesivamente habrá de comprobarse si se cumple ese deber de respeto con cada una de las garantías establecidas, para al final del proceso, y si no se encuentra ninguna falta, poder concluir la legitimidad y licitud constitucional de la intervención legislativa llevada a cabo.

Entre las garantías constitucionales a las que nos referimos destacan principalmente: el valor normativo constitucional del derecho de propiedad, su garantía institucional (Art. 33.1 CE.) y el respeto a su contenido o núcleo esencial (Art. 53.1 CE).

Frente a lo que pudiera parecer, el estudio y diferenciación de la funcionalidad atribuible a este triplete de garantías no es una cuestión puramente dogmática, carente de utilidad práctica. En nuestro entendimiento, resulta interesante analizar cuáles son las consecuencias que se derivan de la acumulación simultánea en un mismo derecho (propiedad privada) de un conjunto de garantías que surgieron individualizada y sucesivamente a lo largo de las distintas etapas que componen el devenir histórico constitucional.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Art. 17) el reconocimiento de la propiedad privada dotaba a este derecho de un valor constitucional que, junto a su consideración como inviolable y sagrado, actuaba ya como una barrera frente a la acción del legislador. Llegada la Constitución alemana de Weimar, a la protección emanada del mero reconocimiento constitucional se le añade la derivada de la garantía de la vertiente institucional del derecho dominical (Art. 153). Finalmente, con la aparición de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, a estas dos iniciales garantías se les incorpora una tercera, representada por la cláusula del contenido esencial (Art. 19.2). De este modo, el constituyente

español de 1978, siguiendo fielmente el ejemplo de la *Grundgesetz*, opta por acumular estas tres distintas garantías sobre un mismo derecho: la propiedad privada (Arts. 33.1 y 53.1). Se importan así a nuestro ordenamiento un conjunto de mecanismos de protección que nunca antes de la Constitución española de 1978 habían desempeñado simultáneamente su acción en materia dominical.

## 1. EL VALOR NORMATIVO CONSTITUCIONAL.

El párrafo 1º del Art. 33 CE literalmente prescribe que "Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia". El mero reconocimiento constitucional representa la "avanzadilla" del sistema de garantías que nuestra Norma Fundamental articula en materia dominical. Se trata del nivel de protección más básico y del que también gozan los restantes derechos constitucionalmente reconocidos, pero no por ello desmerece su consideración como límite frente a la acción del legislador ordinario. No en vano, el Art. 9.1 CE dispone que "los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

La genérica sujeción de los poderes públicos a la Constitución se encuentra especialmente reforzada respecto de las actuaciones legislativas que, eventualmente, incidan sobre aquellos derechos contenidos en el Capítulo II del Título I CE, entre los que se encuentra el derecho de propiedad. Así, el Art. 53.1 CE comienza diciendo que "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos".<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Se trata de una expresión comprimida que procede de la Ley Fundamental de Bonn, cuando afirma en su Art. 3.1 que "los derechos fundamentales vinculan al poder legislativo, al poder ejecutivo y al poder judicial en cuanto Derecho inmediatamente vigente". Sobre esta cuestión Vid., entre otros, GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. "La Constitución como norma jurídica", antes cit. pag. 127. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON. "Curso de Derecho Administrativo", Vol. I, antes cit. pag. 112. DIEZ PICAZO, LUIS. "Efectividad de los derechos fundamentales. En particular en relación con el ejercicio del poder legislativo". En AA.VV. "La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia." Ed. Cívitas, Madrid 1991, pag. 290. En opinión de PEREZ LUÑO, ANTONIO E. ("Los derechos

De esta manera, el Art. 53.1 CE, al sancionar la inmediata validez de los derechos comprendidos en el Capítulo II del Título I CE, se erige en principal mecanismo para impedir que tales derechos sean considerados simples principios programáticos.<sup>21</sup>

Al estar comprendido en ese ámbito señalado por el Art. 53.1 CE, el Art. 33. 1, que reconoce el derecho a la propiedad privada, se muestra como una auténtica norma jurídica de exigibilidad inmediata y de aplicación directa, de obligado y preceptivo cumplimiento para todos los poderes públicos, incluido el legislador ordinario<sup>22</sup>. Esta sujeción a la

---

fundamentales", antes cit. pags. 66 y 67) el postulado del Art. 9.1 CE se halla reiterado expresamente en relación con los derechos contenidos en el Capítulo II del Título I de la CE, los cuales a tenor de cuanto dispone el Art. 53.1 CE vinculan a todos los poderes públicos. Sin embargo, no consideramos que el Art. 53.1 sea una precepto meramente declarativo que venga a recordar para los derechos a los que se refiere (entre ellos la propiedad privada), lo ya dicho, en sede general, en el Art. 9.1. A nuestro modo de ver el Art. 53.1 CE no es un precepto reirativo, sino que supone un acento enfático de la fuerza vinculante del texto constitucional respecto a los preceptos aludidos, en tanto que bastiones esenciales sobre los que se apoya la totalidad del orden fundamental. El reforzamiento de la sujeción de los poderes públicos puede deducirse de la utilización por el Art. 53.1 del término "vinculación", que tiene un mayor contenido imperativo que el vocablo "sujeción" utilizado por el Art. 9.1 CE. Más ampliamente sobre el tema, MARTIN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO. "Eficacia y garantía de los derechos fundamentales", en AA.VV. "Estudios sobre la Constitución española". Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los Derechos y Deberes Fundamentales. Ed. Cívitas, Madrid 1991, pags. 591 y ss. GARCIA MORILLO, JOAQUIN. "La garantía de los derechos fundamentales", en AA.VV. "Derecho Constitucional", Vol I, antes cit. pags. 375 y 376. Igualmente, PRIETO SANCHIS, LUIS. "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo VI, Art. 53, antes cit. pag. 464. Idem. "El sistema de protección de los derechos fundamentales. el Artículo 53 de la Constitución española", en ADH, núm 2, Marzo 1983, pags. 379 y ss. y pag. 394.

<sup>21</sup> Tal y como señala el Tribunal Constitucional en STC. 101/1983 de 18 de Noviembre (Fto. Jco. 3º), la sujeción de los poderes públicos a la norma constitucional que este precepto dispone (Art. 9.1) es una consecuencia obligada de su carácter normativo. Al respecto véanse las consideraciones realizadas por RAISER, LUDWIG. "Il compito del Diritto Privato", ya cit. pag. 176. SCHNEIDER, HANS PETER. "Constitución y democracia", antes cit. pag. 79. DIEZ PICAZO, LUIS. "Efectividad de los derechos fundamentales. En particular en relación con el ejercicio del poder legislativo", antes cit. pag. 290. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. "La Constitución como norma jurídica", antes cit. pags. 117 y ss. GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON. "Curso de Derecho Administrativo", Vol. I, antes cit. pags. 106 y ss. LEGUINA VILLA, JESUS. "Principios Generales del Derecho y Constitución", antes cit. pag. 16.

<sup>22</sup> En palabras de SCHNEIDER, "La Ley Fundamental, como Constitución jurídica, está revestida frente a los órganos y funciones estatales de una fuerza directa" Vid. SCHNEIDER, HANS PETER. "Democracia y Constitución", antes cit. pag. 77. Por su parte LAVAGNA considera que "Todas las disposiciones contenidas en la Constitución tienen carácter preceptivo, en tanto crean o contribuyen

Constitución ha de ser entendida en un doble sentido: como deber negativo de no actuar contra ella y como deber positivo de obrar con arreglo a la misma.<sup>23</sup>

Sin embargo, hasta este punto la protección que se deriva para la propiedad privada de su reconocimiento constitucional no añade nada nuevo a la garantía que podría representar su regulación a nivel legislativo ordinario. Recordemos que el Art. 9.1 CE establece un deber de sujeción de los poderes públicos no sólo respecto a la Constitución, sino también respecto al resto del ordenamiento jurídico. Es decir, el legislador se halla igualmente obligado a acatar el contenido de las disposiciones normativas que él mismo crea.

Ahora bien, este genérico deber de respeto no tiene nada que ver con la facultad que detenta el legislador de modificar, alterar o incluso derogar completamente el contenido de una determinada ley mediante la posterior promulgación de otra nueva, siempre y cuando se observen los procedimientos establecidos para ello. Con ello queremos decir que si el derecho de propiedad hubiese sido reconocido únicamente en una ley ordinaria, bastaría una posterior ley ordinaria que lo aboliese para suprimir su existencia.

Precisamente, en este punto radica la esencia identificativa de la garantía encarnada por el reconocimiento constitucional de la propiedad privada, la cual limita la libertad de acción del legislador impidiéndole, bajo amenaza de inconstitucionalidad, la promulgación de cualquier ley en la que se pretenda abolir la existencia de este derecho en nuestro

---

a crear auténticas normas de obligatorio cumplimiento para todos los poderes públicos, incluido naturalmente el poder legislativo". Así, LAVAGNA, CARLO. "Istituzioni di Diritto Pubblico" antes cit. pag. 182.

<sup>23</sup> En esta línea discurren las declaraciones del Tribunal Constitucional cuando con tanta trascendencia se pronunció en sus primeros años de actividad respecto a la cuestión de la supremacía de la Constitución, así, entre otras resoluciones podemos destacar a título ejemplificativo, 101/1983 de 18 de Noviembre (Fto. Jco. 3º) y 122/1983 de 16 de Diciembre (Ftos. Jcos. 3º y 4º).



ordenamiento jurídico.

El simple hecho de su reconocimiento por parte de nuestra Norma Fundamental, dota a la propiedad privada de un valor normativo constitucional<sup>24</sup> que la sitúa en la cúspide del ordenamiento jurídico, gozando así de una mayor protección que es resultado del superior rango jerárquico que posee la Constitución frente a las leyes ordinarias. Como nos enseña PAREJO, "la sola normación constitucional significa y comporta un efecto cualificado del objeto normado, por la razón de la jerarquía normativa, si se la compara con el que deriva de idéntica normación por una ley ordinaria".<sup>25</sup>

En consecuencia, el reconocimiento constitucional convierte a la propiedad privada en un derecho resistente a la acción del legislador ordinario. Pero, este tipo de garantía no significa que el dominio se haya transformado en una realidad que quede totalmente fuera del alcance de la potestad legislativa ordinaria, sino tan sólo de una concreta manifestación del ejercicio de la misma que, sin duda, sería contraria a la Constitución debido al superior rango jerárquico del que ésta goza en virtud de su cualidad de Norma Suprema del ordenamiento jurídico.

La propia constitución contempla en su Art. 33.2 la posibilidad de delimitar legislativamente el contenido dominical por obra de la función social. Lo que sucede, y aquí es donde entra en juego la garantía que representa el valor normativo consitucional, es que

---

<sup>24</sup> Expresión utilizada por PRIETO SANCHIS, LUIS. "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", antes cit. pag. 393. En sentido análogo, BARNES VAZQUEZ, JAVIER. ("La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pag. 261) se refiere al mismo fenómeno al que aludimos ahora en el texto, con la denominación de "contenido normal", sin embargo consideramos más adecuada, por ser más indicativa de lo que acontece en esta sede, la expresión "valor normativo constitucional".

<sup>25</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "Garantía Institucional y Autonomías Locales", Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1981, pag. 32.

el legislador ordinario no puede valerse de esa potestad delimitadora o escudarse en razones de interés social, para crear una ley en la que se acuerde la supresión total del derecho a la apropiación privada de los bienes.

El legislador tiene el deber de acatar estrictamente el ordenamiento constitucional y no puede apoyarse discrecionalmente en razones de utilidad o en necesidades políticas estatales para justificar una eventual vulneración de los límites jurídicos que le impone nuestra Norma Fundamental, en esta hipótesis identificados con el respeto al reconocimiento del derecho a la propiedad privada. La inobservancia de este deber jurídico de respetar el reconocimiento constitucional de la propiedad privada comporta indiscutiblemente la ilicitud y, por lo tanto, la inconstitucionalidad que determina la nulidad del acto jurídico que el poder legislativo así produzca.

En definitiva, el legislador puede conformar y delimitar legítimamente el contenido del derecho de propiedad privada, pero no puede promulgar una ley en la que de una vez por todas se proceda a la abolición de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico, por hallarse totalmente vinculado a la superlegalidad material que representa la Constitución.<sup>26</sup>

Si se permitiese adoptar este tipo de conductas, no cabe duda de que nuestra Norma Fundamental se vería destronada de su puesto en la cúspide del ordenamiento jurídico, perdiendo la supremacía jerárquica normativa que la caracteriza. La Constitución española

---

<sup>26</sup> La superlegalidad material de la que goza la Constitución ha de ser diferenciada de la superlegalidad formal. La primera de ellas se manifiesta en la supremacía jerárquica que en el sistema de fuentes reviste la Constitución frente a la legislación ordinaria. Mientras la segunda de ellas (superlegalidad formal) impone formas reforzadas de cambio por modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios, lo que sin duda asegura la rigidez constitucional. Respecto esta diferenciación, GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. "La Constitución como norma jurídica", antes cit. pag. 106. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON. "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, antes cit. pag. 98. LEGUINA VILLA, JESUS. "Principios Generales del Derecho y Constitución", antes cit. pag. 20.

de 1978 resultaría avocada a situarse en el mismo plano que los productos normativos del legislador ordinario y recobraría la imagen que los textos constitucionales tenían en antaño, pues debido a la pérdida de su superior rango normativo no tardaría en transformarse en un conjunto de principios políticos carentes de valor normativo y de eficacia jurídica, los cuales representarían un simple programa carente de fuerza vinculante y meramente orientativo de la acción legislativa. En resumidas cuentas, la existencia del derecho de propiedad quedaría totalmente a merced de las determinaciones legislativas adoptadas en vía ordinaria.

Este trascendente problema no surge en solitario, sino íntimamente ligado a otras negativas consecuencias de no menor importancia. A nadie se le oculta que si se autorizase al legislador ordinario a modificar o alterar libremente lo que la Constitución prescribe, disponiendo del reconocimiento y existencia del derecho de propiedad en nuestro ordenamiento, se estaría provocando un alto grado de confusión entre poder constituyente y poder constituido.

El poder constituyente desempeña su actuación en el momento preconstitucional y en el seno del proceso creador de la Norma Fundamental. Una vez finalizado su cometido y desde que la Constitución comienza a operar jurídicamente, éste se extingue para dar paso a la intervención del poder constituido, la cual se desenvuelve en el momento postconstitucional y bajo el obligado respeto a las decisiones tomadas por el constituyente.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Sobre las diferencias entre el poder constituyente y constituido, STERN, KLAUS. "Derecho del Estado de la República Federal Alemana", antes cit. pags. 325 y ss. PEREZ SERRANO, NICOLAS. "Tratado de Derecho Político", Ed. Cívitas, Madrid 1984, pags. 461 y ss. DE VEGA GARCIA, PEDRO. "La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente", Ed. Tecnos, Madrid 1985, pags. 24 y ss. BALAGUER CALLEJON, FRANCISCO. "Fuentes del Derecho", Vol II, antes cit. pag. 38. GONZALEZ ENCINAR, JUAN. "Recensión a la obra de DE VEGA "La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente", en REDC, núm 17, pags. 345 y ss. PEREZ ROYO, JAVIER. "Curso de Derecho Constitucional", Ed. Marcial Pons, Madrid 1994, pags. 81 y ss.

Como consecuencia del reconocimiento constitucional de la propiedad privada, la conservación o no de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico es una cuestión en torno a la que el poder constituido (donde se ubica el legislativo) no está legitimado para pronunciarse. Se trata de una decisión por la que ha optado el constituyente de 1978 y, por consiguiente, no depende de las determinaciones a las que sobre este tema se pueda llegar en vía legislativa ordinaria.

Así las cosas, para el caso de que se promulgue una ley en la que se inste la abolición total del derecho de propiedad privada, el legislador ordinario, como poder constituido que es, habrá invadido un campo reservado exclusivamente a la actuación del poder constituyente, lo que inevitablemente llevaría a la confusión entre estos dos tipos distintos de poderes. En estas imposibles hipótesis, las decisiones y los derechos por cuya conservación hubiese optado el constituyente carecerían de un mínimo de resistencia frente a la acción del poder legislativo.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Para evitar esta situación, el poder constituido ha de respetar siempre las decisiones adoptadas por el constituyente. Tal y como señala el Tribunal Constitucional en STC 76/1983 de 5 de Agosto (Fto. Jco. 4º) *"no cabe duda de que las Cortes Generales, como titulares de la potestad legislativa del Estado (art. 66.2 de la Constitución), pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer título específico para ello, pero esta potestad tiene sus límites, derivados de la propia Constitución y, en todo caso, lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso de que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente"*. Ello es así porque *"la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera sólo en el momento de establecerse la Constitución, la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivados en la Constitución no sólo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico estatal y suponen un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de interprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y competencias establecidos por aquél."* Ahora bien, se nos podría interrogar por lo que sucedería si se plantease una reforma constitucional que pretendiese la abolición de la propiedad privada. A nuestro modo de ver, este caso no sería una excepción a la regla general del sometimiento del poder constituido al poder constituyente. La posibilidad de abolición de la propiedad privada vía reforma constitucional puede servir como una hipótesis teórica que nos ayudará a demostrar la tesis de que el poder constituido (donde de halla enmarcado el legislativo) debe respetar siempre las decisiones por las que haya optado el poder constituyente, no pudiendo suprimirse en vía legislativa ordinaria la existencia del derecho a la apropiación privada de los bienes en nuestro ordenamiento jurídico. Así

Por todas estas razones, es conveniente dejar claro que el valor normativo constitucional de la propiedad privada, unido a la superlegalidad material de la que goza la Constitución y la nítida separación entre poder constituyente y constituido inherente a la misma, conducen a considerar totalmente ilegítimas e inconstitucionales aquellas leyes en las que se pretenda abolir el derecho constitucionalmente reconocido a la apropiación privada de los bienes.

## **2. LA GARANTIA INSTITUCIONAL.**

### **2.A. ORIGEN GENERAL Y ACTUAL FUNCIONALIDAD APLICABLE A LA PROPIEDAD PRIVADA.**

El simple reconocimiento constitucional no representa una garantía de suficiente entidad para asegurar plenamente la integridad del derecho de propiedad privada frente al eventual uso abusivo o arbitrario que pueda hacer el legislador ordinario de la potestad conformadora y limitativa que se le atribuye. La experiencia histórica demuestra que durante largo tiempo

---

pues, supongamos que se inicia un procedimiento de reforma constitucional para suprimir el reconocimiento del derecho de propiedad privada. Obviamente, en este supuesto nos hallamos en un momento postconstitucional en el que normalmente actúa el poder constituido. En efecto, cuando se reforma la Constitución no actúa el poder constituyente en sentido estricto, pero ello no significa que el poder constituido esté invadiendo un campo que no le pertenece, al permitírsele manifestarse sobre la conservación de las decisiones previamente adoptadas por el poder constituyente. La razón es que en el momento de la reforma constitucional tampoco actúa el poder constituido ordinario, sino un poder constituido excepcional o extraordinario que desempeña su labor como si fuese un poder constituyente, pero sin serlo, de ahí que, por influencia de la doctrina francesa, se halla denominado al poder que articula la reforma de la Constitución como poder constituyente-constituido. En conclusión, en todos los casos, incluida la reforma constitucional, el poder constituido, el legislador ordinario, se halla sometido completamente a las determinaciones del poder constituyente que no puede variar, modificar o suprimir si no quiere ver anulada su labor como inconstitucional. Las referencias bibliográficas sobre este tema serían interminables, así pues sólo citaremos las obras que nos han resultado de mayor utilidad: SCHMITT, CARL. "Teoría de la Constitución", antes cit. pags. 93 y ss. STERN, KLAUS. "Derecho del Estado de la República Federal Alemana", antes cit. pags. 325 y ss. DE VEGA GARCIA, PEDRO. "La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente", antes cit. pags. 235 y ss.

las Constituciones fueron meros programas políticos desprovistos de carácter vinculante y carentes de auténtica eficacia jurídica. De este modo, los derechos reconocidos a nivel constitucional no estaban dotados de una especial resistencia frente a la acción legislativa, que podía disponer de ellos ampliamente.

Es en este ambiente bajo el cual la doctrina alemana elabora la construcción dogmática de la categoría de la garantía institucional. El constituyente de Weimar había utilizado profusamente la técnica de la reserva de ley, confiando a esta fuente normativa la regulación específica o la conformación de gran cantidad de materias constitucionales. Sin embargo, como resultado del proceso unificador del Estado alemán, que culmina con la Constitución de 1919, la potestad de crear leyes, antes repartida entre los diferentes miembros, se acumula en torno al Estado que pasa a detentarla en exclusiva, lo que inmediatamente conlleva un fortalecimiento extraordinario del poder legislativo.<sup>29</sup>

Este reforzamiento del poder legislativo se ve favorecido por la inexistencia de mecanismos constitucionales que contrarresten su acción, garantizando a los derechos constitucionalmente reconocidos un mínimo de intangibilidad. Así pues, la gran confianza depositada en la ley, unida a la falta de medios de protección como el contenido esencial, la interdicción de la arbitrariedad inherente a la prohibición de intervenciones o limitaciones desproporcionadas o abusivas había convertido a los derechos constitucionales en materias de

---

<sup>29</sup> "Se trata del resultado del proceso conformador y unificador del Estado alemán, que alcanza en la Constitución de Weimar su cabal expresión. Al reconocerse el monopolio normativo del Estado, la apoyatura de la República en la unión del pueblo alemán, al dejar al Parlamento abierto a un proceso democrático, se teme que una serie de instituciones que se habían mostrado especialmente vigorosas, pudieran verse disueltas o bruscamente alteradas por un legislador que se había visto extraordinariamente reforzado". Así se expresa ESTEVE PARDO, JOSE. "Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local", en REDC, núm. 31, Enero-Abril 1991, pags. 126 y 127, donde interesan especialmente las referencias bibliográficas a E. R. HUBER, RUDOLF IHERING y OTTO MAYER efectuadas en las notas 4 y 5.

fácil disponibilidad para el legislador ordinario.<sup>30</sup>

Es así como la garantía institucional surge en el Derecho alemán para suplir estas deficiencias, mostrándose como un instrumento con el que se pretende preservar la integridad y persistencia de la vertiente institucional de los derechos constitucionalmente reconocidos frente a un uso arbitrario o abusivo de la potestad limitativa legislativa.<sup>31</sup> En consecuencia, con el establecimiento de las garantías institucionales se persigue dotar a los ámbitos comprendidos por las mismas de una especial protección frente a la acción del legislador.

Como bien es sabido, el constituyente español de 1978 fue ampliamente influenciado en el desarrollo de su labor por el ejemplo que le facilitaba el constitucionalismo alemán y, en concreto, la Ley Fundamental de Bonn, la cual ratifica y consolida muchos de los novedosos aspectos recogidos ya en la Constitución de Weimar, entre los que se encuentra

---

<sup>30</sup> En la misma línea, PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "Garantía institucional y autonomías locales", antes cit. pag. 18.

<sup>31</sup> La construcción dogmática de la doctrina de las garantías institucionales se atribuye a CARL SCHMITT, quien desarrolló un concepto inicialmente apuntado por M. WOLFF. Por lo que a nosotros nos interesa, este último autor había sostenido, entre otras cosas, que el Art. 153 de la Constitución de Weimar, que abordaba la regulación del derecho de propiedad, contenía una garantía institucional que alcanzaba no sólo a la propiedad de los objetos corporales, sino a todo derecho patrimonial privado. Para un estudio más amplio del proceso de gestación de las garantías institucionales, Vid, entre otros, SCHMITT, CARL. "Teoría de la Constitución", antes cit. pags. 175 y ss. PAREJO ALFONSO. "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán" Parte I, cit. pags. 250 y 251. Del mismo autor, "Garantía institucional y autonomías locales", antes cit. pags. 20 y ss. BAÑO LEON, JOSE MARIA. "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", en REDC, núm. 24, Septiembre-Diciembre 1988, pags. 165 y ss. JIMENEZ-BLANCO, ANTONIO. "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", en AA.VV. "Estudios sobre la Constitución española", libro homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría. Tomo II. Derechos y deberes fundamentales. Ed. Cívitas, Madrid 1991, pag. 637. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. "Constitución, fundaciones y sociedad civil", en AA.VV. "Las fundaciones y la sociedad civil". Curso dirigido por R. de Lorenzo García y M. A. Cabra de Luna. Ed. Cívitas, Madrid 1992, pag. 21. En alusión a este último trabajo, DE LORENZO GARCIA, RAFAEL. "El nuevo Derecho de fundaciones", Ed. Marcial Pons, Madrid 1993, pags. 128 y 129. REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", antes cit. pags. 110 (nota 170), 220 y ss.

la utilización del mecanismo de la garantía institucional.

En congruencia con ello, la vigente Norma Fundamental española nos ofrece numerosos ejemplos en los que se recurre a la técnica de la garantía institucional para proteger ámbitos y derechos tan diferentes como la autonomía universitaria (Art. 27.10 CE), el matrimonio (Art. 32), la propiedad privada y la herencia (Art. 33.1), la libertad de empresa (Art. 38), la protección de la familia (Art. 39), el sistema competitivo para el acceso a la función pública (Art. 103.3), la autonomía de las provincias y los municipios (Art. 137), etc.<sup>32</sup>

En este sentido, es un lugar común en la doctrina y la jurisprudencia admitir la inclusión de la propiedad privada en el conjunto de derechos que también se hallan garantizados por la Constitución en su vertiente institucional. Así lo ha manifestado el mismo Tribunal Constitucional, cuando en STC 111/1983 de 2 de Diciembre (Fto. Jco. 8º), afirma que *"el derecho de propiedad aparece regulado en el artículo 33 de la Constitución, donde se contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual" [...]*.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Sobre el elenco de materias protegidas en nuestra Constitución mediante el mecanismo de la garantía institucional, Vid. PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "Garantía institucional y autonomías locales", antes cit. pags. 12 y 13. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. "La Constitución como fuente del Derecho", en AA.VV. "La Constitución y las fuentes del Derecho", Vol I. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, pag. 69. JIMENEZ-BLANCO, ANTONIO. "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", antes cit. pag. 636. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pag. 259.

<sup>33</sup> Esta línea jurisprudencial adquiere consolidación en la STC 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º), encontrando también reflejo en la doctrina, así Vid. HERNANDEZ-GIL, ANTONIO. "La propiedad privada y su función social en la Constitución", antes cit. pags. 18 y 19. BASSOLS COMA, MARTIN. "Constitución y sistema económico", antes cit. pags. 118 y 119. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pag. 262. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 56. PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", Parte I, cit. pag. 248. DELGADO DE MIGUEL, JUAN



Al hilo de esta cuestión, conviene recordar que la justificación de la protección inherente a la garantía institucional se explica en base a determinadas circunstancias coyunturales que tuvieron lugar en un específico contexto histórico (primeras décadas del presente Siglo) y en el seno de un ordenamiento jurídico particular e individualizado: el alemán.

Evidentemente, la situación que vivimos en nuestros días es totalmente distinta a aquella vigente en la alemania weimariana, donde ve la luz la garantía institucional de la propiedad privada (Art. 153 Constitución de Weimar). En nuestro actual ordenamiento jurídico gozamos de un sistema de justicia constitucional que a lo largo del tiempo se ha consolidado en su funcionamiento y que hace del Tribunal Constitucional un auténtico custodio de la Constitución (Arts. 159 y ss CE). Además, en el ámbito material contamos con garantías constitucionales tan importantes como las representadas por el contenido esencial (Art. 53.1 CE), o la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (Art. 9.3 CE).

---

FRANCISCO. "Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología", Ed. Aranzadi, Pamplona 1992, pag. 60. REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", cit. pags. 313 y 316. Análogas manifestaciones pueden ser encontradas en la doctrina extranjera, especialmente alemana e italiana. Para comprobarlo Vid. STERN, KLAUS. "Derecho del Estado de la República Federal alemana", antes cit. pag. 709. HATTENHAUER, HANS. "Conceptos fundamentales del Derecho Civil", cit. pag. 124. Así, como advierte RESCIGNO, PIETRO (Voz "Proprietà", antes cit. pag. 274) "La garantía constitucional, según las insistentes precisiones de los comentaristas alemanes, comprende la larga posibilidad de distinguir la propiedad derecho individual y la propiedad instituto social y jurídico". Del mismo autor véase también, "Per un studio sulla proprietà", antes cit. pag. 42. Para IANNELLI ("La proprietà costituzionale", cit. pag. 58) "Para dar razón de ser al apartado 2 del art. 42 se ha sostenido que la garantía constitucional tendría sustancialmente un doble significado: ella, de una parte, se referiría a la misma colocación del instituto como elemento cardinal del entero ordenamiento; de otra, tendería a determinar una particular capacidad de resistencia de las singulares situaciones de propiedad frente a una eventual intervención ablatoria de autoridad". Es de similar forma de pensar, MANGIAMELI, STELIO. "La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali", antes cit. pag. 56. En sentido contrario, y retornando a la doctrina española, rechaza la distinción entre la vertiente individual e institucional de la propiedad privada DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pags. 184 y 185.

Ante este nuevo orden de cosas, resulta inevitable preguntarse si en la vigente Norma Fundamental española preservar la propiedad privada con la técnica de la garantía institucional tiene algún sentido o aporta algún aspecto novedoso que no se derive ya de otros mecanismos de tutela también constitucionalmente establecidos.<sup>34</sup>

Para responder a esta cuestión, hay que comenzar señalando que la finalidad de la garantía institucional es la protección de la propiedad privada y su conservación como institución frente a las erosiones y ataques que puedan provenir del legislador no constituyente, de tal modo que éste no pueda suprimir el instituto dominical sin incurrir en manifiesta inconstitucionalidad.<sup>35</sup>

El simple hecho de que el constituyente de 1978 se haya manifestado expresamente a favor de la conservación de la propiedad privada en cuanto institución, implica que la decisión en torno al mantenimiento de la existencia de tal instituto en nuestro ordenamiento jurídico queda totalmente fuera del alcance de la potestad normativa que se reconoce al legislador ordinario. La Constitución no le habilita para realizar la elección de conservar o no la institución dominical, ya que la garantía que versa sobre esta materia lo impide sin cortapisas.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Pregunta que igualmente se plantea REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", antes cit. pag. 224.

<sup>35</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la STC 8 de Abril de 1981" en REDC nº 3 Sep-Dic de 1981, pag. 169. En el mismo sentido, refiriéndose genéricamente al mecanismo de la garantía institucional BAÑO LEON, JOSE MARIA. "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución", cit. pag. 167, afirma que "la norma constitucional tiene el fin de hacer imposible su supresión por vía de la regulación ordinaria. No se trata en estos casos de garantizar una esfera de libertad ilimitada, sino de posibilitar que una determinada institución perviva. La garantía institucional es una garantía frente al legislador."

<sup>36</sup> En el mismo sentido que nuestras palabras en el texto, SANDULLI, ALDO M. "Profili Costituzionali della proprietà privata", antes cit. pag. 353.

La articulación de este tipo de garantía obedece a la intención del constituyente de dotar de una especial protección a aquellos institutos cuyo mantenimiento se considera imprescindible para asegurar la integridad del orden constitucional por él trazado.<sup>37</sup> Así pues, con la garantía institucional de la propiedad privada se protege el instituto dominical en tanto que elemento estructural<sup>38</sup> del orden establecido en la Constitución, en el que encuentran apoyatura, fundamento y sentido otros múltiples preceptos, principios e instituciones constitucionalmente reconocidas.

La garantía institucional contenida en el Art. 33.1 CE concurre a caracterizar gran parte del ordenamiento jurídico. Puede decirse, en este sentido, que la norma en cuestión sostiene una elección de fondo en orden al modelo social, político y económico que se pretende instaurar,<sup>39</sup> a la vez que simultáneamente supone el rechazo de cualquier otro

---

<sup>37</sup> Ya PAREJO se refería a comienzos del año 1981 en su obra "Garantía institucional y autonomías locales" (antes cit. pag. 12), y en relación con los derechos fundamentales, a las regulaciones dirigidas a predeterminar las piezas o elementos básicos de la construcción y evolución del ordenamiento estatal en su conjunto, calificándolas con la denominación de garantías institucionales (*Einrichtungsgarantien*). Poco tiempo más tarde la doctrina alemana que había sido importada por PAREJO parece ser recibida también por el Tribunal Constitucional cuando aborda el tema de las garantías institucionales. Así en la STC 32/1981 de 28 de Julio (Fto. Jco. 3º) se mantiene que "*las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y sus normaciones son, sin duda, normaciones organizativas [...]*". En torno a esta cuestión Vid, BAÑO LEON, JOSE MARIA. "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", antes cit. pag. 169. JIMENEZ BLANCO, ANTONIO. "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", antes cit. pag. 636 y 638. DE LORENZO GARCIA, RAFAEL. "El nuevo Derecho de Fundaciones", antes cit. pag. 129.

<sup>38</sup> Son palabras utilizadas por ESTEVE PARDO, JOSE. ("Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local", cit. pag. 128) pero en sede general de estudio del sistema de las garantías institucionales en nuestra Constitución.

<sup>39</sup> Preservando a nivel constitucional la conservación de la institución dominical en nuestro ordenamiento, el constituyente se coloca en una determinada órbita política, social y económica. Para LACRUZ, "el Art. 33 CE supone un acto de fe en el valor social y la eficacia económica de la propiedad privada", Vid. LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. "Elementos de Derecho Civil", Tomo III, Vol. I, antes cit. pag. 304. En sentido análogo, GARCIA CANTERO, GABRIEL. "La propiedad en la Constitución de 1978", epígrafe íntegramente redactado por este autor en CASTAN TOBEÑAS, JOSE. "Derecho Civil español, Común y Foral", Tomo II, Vol I, antes cit. pag. 133.

sistema que implique una negación de la institución dominical.<sup>40</sup>

Preservando la conservación del instituto dominical, el constituyente de 1978 impide la instauración de sistemas económicos que pretendan abolir la apropiación privada de los bienes por los particulares o, por lo menos, la colectivización de los medios de producción. Por el contrario, la garantía constitucional del instituto dominical manifiesta la opción constituyente a favor de la implantación de una organización económica basada en la propiedad privada de los medios de producción que, a su vez, constituye el soporte de la libertad de empresa y de la iniciativa económica privada en el marco de la economía de mercado (Art. 38 CE).<sup>41</sup> Si se facultase al legislador para disponer de la existencia del instituto de la propiedad privada no tendría ningún sentido mantener el reconocimiento constitucional de la iniciativa económica privada y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, ya que con ello se le estaría habilitando para trazar las líneas maestras de nuestro sistema económico, de lo que resultaría una total falta de operancia y agudo desconocimiento de los preceptos constitucionales que aluden al mismo, contenidos en la denominada Constitución Económica (WIRTSCHAFTSVERFASSUNG).<sup>42</sup>

Sin embargo, desde una perspectiva crítica no han faltado los autores que han considerado que la garantía institucional de la propiedad privada propugna la insustituibilidad del orden burgués, incluso en el ámbito económico. Se ha considerado igualmente que los

---

<sup>40</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", Parte I, antes cit. pag. 248. GARCIA CANTERO, GABRIEL. "La propiedad en la Constitución de 1978", antes cit. pag. 133. REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", antes cit. pag. 318.

<sup>41</sup> Así HELMUT RITTSTIEG, aludido por PAREJO "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", antes cit. pag. 248. Algo similar, LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. "Elementos de Derecho Civil", Tomo III, Vol. I, antes cit. pag. 304.

<sup>42</sup> Vid. nota 116 Capítulo V.

Arts. 33 y 38 CE son una opción en favor de un régimen de propiedad capitalista. Empero, no creemos que tales afirmaciones sean muy afortunadas. La gran atención que el constituyente de 1978 ha dedicado a los aspectos sociales de los institutos jurídicos, evita que la preservación de la propiedad privada institución pueda ocasionar la vuelta al egoísmo individualista del liberalismo burgués o la implantación de formas de "capitalismo salvaje".

De la norma constitucional se deduce, en suma, que la garantía del instituto dominical contribuye en modo directo a cualificar la economía del país como "economía mixta"<sup>43</sup>, pues, aunque la propiedad privada presente los caracteres de una institución de existencia necesaria (Ineliminable), ello no implica en todo caso una opción a favor de formas radicales de capitalismo económico basadas en los presupuestos del individualismo jurídico, habida cuenta que el constituyente de 1978 ha dado entrada y dotado igualmente de tutela a los aspectos sociales del instituto.

Lo puesto de relieve y la finalidad que persigue la Constitución con el mecanismo de la garantía institucional no significa que la propiedad privada sea un reducto totalmente intangible respecto la acción legislativa. Como ya es perfectamente conocido, el párrafo 2º del Art. 33 CE legitima al legislador ordinario para delimitar el contenido de los derechos dominicales por obra de la función social. Sin embargo, este no es el contexto en el que la garantía institucional desempeña su funcionalidad, ya que su protección alcanza únicamente a la propiedad privada institución y no a los específicos y diferentes derechos subjetivos dominicales que puedan existir, dependiendo de la categoría de bienes sobre los cuales éstos se proyecten. En resumidas cuentas, la garantía institucional no representa una barrera frente a la actividad del legislativa, cuando ésta se revela a modo de delimitación del contenido de

---

<sup>43</sup> MANGIAMELI, STELIO. "La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali", antes cit. pag. 46.

las concretas titularidades subjetivas dominicales. Es obvio que, en este ámbito, el legislador encontrará igualmente límites a su actuación, pero lo que ahora nos interesa resaltar es que entre ellos no se encuentra la garantía institucional, la cual consideramos cumple su cometido a un distinto nivel.

La garantía institucional actúa cuando la acción legislativa, en nuestro caso motivada por las exigencias sociales, aborda la delimitación del contenido del instituto dominical. A este respecto conviene efectuar unas breves consideraciones que nos permitan clarificar la verdadera funcionalidad que la tutela de la propiedad privada institución juega en nuestro ordenamiento constitucional.

Con este tipo de garantía dominical se está preservando una institución que se halla bien formada y acabada en el momento de la elaboración del texto constitucional. Creemos que la tutela no lo es de un instituto desprovisto de contenido, sino dotado de una consistencia mínima, de una materia prima que hace identificable su imagen a los ojos de la colectividad social y jurídica.<sup>44</sup> Como ha señalado el Tribunal Constitucional, la garantía institucional supone *"la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar"*. (STC. 32/1981 de 28 de Julio. Fto. Jco. 3º y 26/1987 de 27 de Febrero Fto. Jco. 4º).

Sin embargo, ello no implica que la Constitución venga a trazar los contornos precisos del contenido de la institución dominical, delimitando perfectamente su extensión y el ámbito de aquello que queda comprendido bajo el mismo. No es necesario que el constituyente aporte una exhaustiva regulación definidora de la propiedad privada institución. Si así se hubiese

---

<sup>44</sup> De conveniente consulta respecto a este tema son, PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "Garantía institucional y autonomías locales", cit. pag. 39. ESTEVE PARDO, JOSE. "Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local", cit. pag. 127.

hecho, la garantía institucional se podría haber convertido en una técnica de congelación absoluta de su objeto. En consecuencia, nuestra Norma Fundamental no tutela un concreto y específico contenido de la institución dominical, sino que se limita a recibirla en su definición abstracta,<sup>45</sup> garantizando su pervivencia en términos reconocibles para la imagen que de la misma tenga la conciencia jurídica y social en cada tiempo y lugar.

Por este motivo, la existencia de este sustrato preconstitucional no es justificación suficiente para sostener que el instituto dominical deba permanecer totalmente cerrado a un tratamiento normativo postconstitucional. Por el contrario, es lo normal, y a menudo lo conveniente, que se reconozca al legislador la facultad de precisar y determinar el contenido y regulación de la propiedad privada institución. Precisamente, es en este marco donde la garantía institucional contemplada en el Art. 33.1 CE desenvuelve su más trascendente funcionalidad:<sup>46</sup> asegurar que la actuación normativa responda efectivamente al desarrollo evolutivo razonable del sistema tradicional o existente. Es decir, el legislativo puede introducir cambios en la institución dominical, pero siempre bajo el debido respeto a aquellos rasgos inequívocamente identificativos de su imagen en un momento determinado.

Por lo tanto, la existencia de la garantía institucional introduce la posibilidad de declarar inconstitucional la norma que, utilizando terminología de PAREJO, produzca una progresión *per saltum* que sitúe al instituto dominical en un nuevo estadio que nada tenga ya que ver con el momento inmediatamente anterior a la acción normativa y con el contexto del

---

<sup>45</sup> DE OTTO Y PARDO, IGNACIO DE. "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en su obra junto a Martín Retortillo Baquer "Derechos fundamentales y Constitución", Ed. Cívitas, Madrid 1988, pag. 101.

<sup>46</sup> En opinión de STERN, "ciertamente, el legislador debe dar forma jurídica a la institución garantizada", pero admite el citado autor a renglón seguido que esta posibilidad ha de llevarse a cabo "sólo dentro de límites". Véase STERN, KLAUS. "Derecho del Estado de la República Federal alemana", antes cit. pag. 708.

ordenamiento jurídico.<sup>47</sup> En estos supuestos la institución de la propiedad privada se transformaría en un mero *nomen iuris* desprovisto de su verdadero contenido; bajo la apariencia de una misma designación nominal se travestiría una institución nueva y totalmente distinta que, por consiguiente, sólo se parecería al instituto dominical en su nombre, pero no en su sustancia.

De este modo, la garantía institucional será desconocida cuando el instituto dominical resulte limitado hasta el punto de que se le prive prácticamente de sus posibilidades de existencia real, para convertirse en un simple nombre.<sup>48</sup> Este tipo de garantía constitucional se traduce en la obligación del legislador de mantener no sólo la simple designación nominal vacía de contenido, sino una institución que merezca el nombre de propiedad. Es decir, se debe preservar la existencia de bienes que sean susceptibles de apropiación y aprovechamiento por los particulares.<sup>49</sup>

En suma, desde el punto de vista constitucional es perfectamente legítimo que el ejercicio de la potestad normativa alcance a la vertiente institucional de la propiedad privada, lo que no quiere decir que la ley pueda moverse libremente en este ámbito, ya que ha de

---

<sup>47</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "Garantía institucional y autonomías locales", cit. pags. 47 y 48. En la misma línea, ESTEVE PARDO, JOSE. "Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local", cit. pag. 127.

<sup>48</sup> Son consideraciones realizadas por el TC en orden a la garantía institucional de la autonomía local que concretamos ahora en materia de propiedad. Vid. entre otras sentencias 32/1981 de 28 de Julio, (Fto Jco. 3º) y 86/1982 de 23 de Diciembre (Fto. Jco. 6º), en donde se reitera la doctrina sentada en la resolución anterior.

<sup>49</sup> En palabras de BARNES, "el aspecto de instituto de que goza la propiedad demanda, de suyo, la preservación de determinados ámbitos de la realidad sobre los que pueda recaer el derecho [...]. Vid. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", cit. pag. 293. Analogamente, DIEZ PICAZO, LUIS. "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad en la Constitución", antes cit. pags. 1262 y 1263. A contrario, MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pag. 215, quien considera que lo puesto de manifiesto en el texto constituye un rasgo identificativo del contenido esencial de la propiedad privada, pero no del instituto dominical.



respetar en todo caso la integridad del instituto dominical<sup>50</sup>, medida en base a la presencia de aquellos caracteres inequívocamente identificativos de sus posibilidades de existencia real.

De esta manera, la garantía institucional actúa como un límite frente a la acción legislativa en materia de propiedad privada, desarrollando su funcionalidad en un doble flanco.<sup>51</sup>

Por una parte, la garantía institucional convierte en inconstitucional todo intento legislativo de suprimir inmediata y directamente la existencia del instituto dominical en nuestro ordenamiento jurídico. La opción del constituyente a favor de esta técnica de protección, significa que la propiedad privada institución es un pilar básico del edificio constitucional y estatal, cuya conservación resulta, en consecuencia, obligada para el legislador ordinario, quien no puede disponer de su permanencia y su mantenimiento en nuestro ordenamiento, ya que ésta es una decisión que queda fuera de su alcance y que le viene impuesta por haber ya sido tomada al máximo nivel normativo que representa la Constitución.

Por otra parte, la presencia de la garantía institucional evita que una operación de conformación del contenido del instituto dominical pueda encubrir, bajo una legitimidad formal, una intervención deformadora de su sustancia que convierta a la institución en un

---

<sup>50</sup> SANTORO PASSARELLI, FRANCESCO. "Proprietà privata e Costituzione", antes cit. pag. 958.

<sup>51</sup> Este doble flanco sobre el que se proyecta la acción de la garantía institucional de la propiedad privada aparece ya adelantado en las tesis de STERN, cuando éste se refiere al caso de la garantía institucional de la autonomía municipal, afirmando que "la recepción de esta categoría jurídica garantiza a la institución jurídica asegurada constitucionalmente a través de ella una protección contra su supresión y vaciamiento de sustancia". Vid. STERN, KLAUS. "Derecho del Estado de la República Federal alemana", antes cit. pags. 707 y 708. Para PAREJO ("Garantía institucional y autonomías locales", cit. pag. 38) la finalidad misma de la garantía institucional es "la preservación de una institución frente a su deformación sustantiva y, desde luego, a su desaparición."

mero *nomen iuris* desprovisto de una mínima consistencia.

La garantía institucional, no impide, pues, que la potestad normativa alcance al instituto dominical, sino que veta absolutamente la posibilidad de que el legislador pueda disponer, tanto de manera inmediata como indirecta o mediata, de su existencia en nuestro ordenamiento jurídico.<sup>52</sup>

## 2. B. LA INDIVIDUALIZACION DE LA GARANTIA INSTITUCIONAL FRENTE AL VALOR NORMATIVO CONSTITUCIONAL. POSIBLES DISTINCIONES.

De las consideraciones hasta este momento efectuadas, se podría deducir que existe un alto grado de similitud entre la funcionalidad atribuible a la garantía institucional de la propiedad privada y la tutela que se deriva para la misma del valor normativo que adquiere como consecuencia de su reconocimiento constitucional. Ambos tipos de garantías constitucionales pretenden proteger la pervivencia de la propiedad privada en nuestro sistema jurídico, frente a todo intento legislativo de abolición o supresión.

Sin embargo, pese a que podamos ser tachados de excesivamente dogmáticos,

---

<sup>52</sup> En palabras de CARL SCHMITT, recogidas por ESTEVE PARDO, JOSE ("Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local", antes cit. pag. 127.) "la garantía institucional se concibe, pues, como un reducto en el que es posible ciertamente la acción del legislador, pero éste carece de una facultad de disposición total e inmediata". A nuestro juicio, la afirmación, aunque certera, no resulta del todo completa, ya que la garantía institucional, como podemos deducir de lo dicho en el texto, actúa no sólo como una barrera frente a todo intento normativo de disponer directamente de la existencia de la institución de que se trate (en nuestro caso la dominical), sino también frente a las intervenciones legislativas que encubiertamente pretendan una disposición indirecta o mediata de la misma. Una alternativa al sentido de la palabras citadas puede ser considerar que cuando SCHMITT y ESTEVE PARDO se refieren a facultad de disposición no aluden a la disponibilidad de la existencia de la institución, sino de su contenido, respecto al cual el legislador puede actuar introduciendo variaciones o modificaciones, pero no disponiendo del mismo de una manera absoluta, total o inmediata sin ningún tipo de limitación.

consideramos que entre la garantía institucional de la propiedad y la tutela que para ella representa el valor normativo que adquiere como consecuencia de su reconocimiento constitucional, se pueden apreciar diferencias dignas de ser tenidas en consideración.

La garantía que conlleva el valor normativo constitucional de la propiedad privada es efecto reflejo de su posición en el ordenamiento jurídico; una inmediata consecuencia de su reconocimiento constitucional que no se establece en atención especial a la materia que pueda constituir su objeto. Se trata, por consiguiente, de una tutela que es común a la totalidad de los derechos recogidos en la Constitución, y por esta causa carece de conexión con valores constitucionales materiales,<sup>53</sup> lo que inevitablemente lleva a conceptuar como de alcance estrictamente formal la protección que en este supuesto deriva para la propiedad.

A diferencia de lo que ocurre con el valor normativo constitucional, la garantía institucional de la propiedad privada no es una técnica de protección que surja como inmediata consecuencia del mero reconocimiento constitucional, porque la tutela que ésta representa no se ofrece a la totalidad de los derechos constitucionalmente reconocidos, sino tan sólo a unos pocos de ellos muy concretos e individualizados, entre los que también se encuentra la propiedad privada. Desde este punto de vista, consideramos que la protección inherente a la garantía institucional se origina directamente en la propia voluntad del constituyente,<sup>54</sup> estableciéndose por razón de la materia objeto de aseguramiento.

La articulación de este tipo de garantía, obedece a que el constituyente considera que la institución dominical es un elemento estructural del orden que pretende establecer en la

---

<sup>53</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "Garantía institucional y autonomías locales", antes cit. pag. 24. JIMENEZ BLANCO, ANTONIO. "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", antes cit. pag. 637.

<sup>54</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Ibidem*. Supra.

Constitución. De este modo, asegurando la solidez de los cimientos que son la principal apoyatura y sustento del sistema constitucional, es la misma robustez e integridad de nuestro ordenamiento jurídico lo que en última instancia se está preservando. Esto es lo que el constituyente pretende cuando se decide a garantizar la propiedad privada en su vertiente institucional. Al aparecer ésta como una pieza básica de la que depende la estabilidad del orden que se aspira a instaurar en el texto constitucional, se persigue expresamente dotarla de una protección reforzada que se añade a la ya derivada del valor normativo constitucional que adquiere como consecuencia de su reconocimiento por nuestra Norma Fundamental. Es de esta manera como podemos afirmar que la garantía del instituto dominical se origina en la misma voluntad del constituyente.

Como fácilmente se puede comprobar, nos hallamos ante un mecanismo de tutela que comporta un plus de protección concedido con especial atención a lo que representa para nuestro sistema jurídico el mantenimiento de la institución dominical. Sin lugar a dudas, se trata de una garantía que se establece por razón de la materia que constituye su objeto, apartándose, en cierto modo, del estricto campo formal en el que se desenvuelve la tutela que confiere el valor normativo constitucional.

Ahora bien, estas consideraciones no quieren significar que la garantía institucional sea una técnica de protección material de la propiedad privada en sentido puro, porque la constitucionalización lo es de la institución dominical abstractamente definida, sin que se avale a este nivel normativo un contenido concreto de la misma. Como ha admitido el Tribunal Constitucional, *"la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de la institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar"* (STC 32/1981 de 28 de Julio, Fto. Jco. 3º y 26/1987 de 27

de Febrero Fto. Jco. 4<sup>o</sup>).<sup>55</sup> El constituyente se limita a reconocer y asegurar el mantenimiento de una institución que se encuentra ya perfectamente conformada en ese momento y respecto la cual el legislador tiene reconocida la facultad de precisar su contenido, siempre dentro de unos límites.

Por lo tanto, la garantía institucional de la propiedad privada se coloca en un punto intermedio entre el ámbito material y formal, pero quizás aproximándose más a este último, ya que la protección que este mecanismo de tutela representa, aunque se conecta materialmente con valores básicos de la Constitución, no preserva un específico y concreto contenido de la institución.

En resumen, frente al valor normativo constitucional que la propiedad privada adquiere como consecuencia de su reconocimiento por nuestra Norma Fundamental, la garantía del instituto dominical supone una protección añadida que se origina directamente en la voluntad del constituyente y que se establece atendiendo a la materia objeto de aseguramiento.

Partiendo de esta premisa, algún autor ha sostenido que la garantía institucional comporta una eficacia protectora superior a la que resulta de la simple condición de norma constitucional.<sup>56</sup> Estas afirmaciones han de ser manejadas con suma prudencia si no se quiere incurrir en un error de perspectiva. De las palabras citadas se podría deducir que en una relación de comparación, la garantía institucional, tomada aisladamente, representa una protección más intensa que la derivada del valor normativo constitucional de la propiedad

---

<sup>55</sup> En el mismo entendimiento, DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", antes cit. pag. 101. CARRASCO PERERA, ANGEL. "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", en REDC, núm. 11 Mayo-Agosto 1984, pag. 83.

<sup>56</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "Garantía institucional y autonomías locales", antes cit. pag. 24.

privada.

Sin embargo, la cuestión no discurre por estos derroteros. A nuestro juicio, no tiene sentido pretender diferenciar aquello que en realidad no puede ser distinguido. La garantía institucional nunca puede funcionar separada del valor normativo constitucional, sino que es algo que siempre acompaña a éste, es decir el constituyente no puede pretender garantizar la conservación de un instituto que no haya sido reconocido a nivel constitucional.

Valor normativo constitucional y garantía institucional no son dos mecanismos de tutela alternativos o excluyentes. Por el contrario, la eficacia protectora derivada de cada uno de ellos se complementa al converger sobre un mismo ámbito.

Si se admite que ambas técnicas de tutela actúan conjuntamente, complementándose recíprocamente, resulta inútil averiguar si la propiedad privada se halla protegida más intensamente por el reconocimiento constitucional o por la garantía institucional. En suma, no vemos dónde se hallan las ventajas en afirmar que la garantía institucional represente aisladamente una eficacia protectora superior a la que resulta del mero reconocimiento constitucional.

Por el contrario, lo verdaderamente interesante es detenerse en el estudio de aquellas consecuencias que se derivan para la propiedad privada como resultado de la acción conjunta de ambos tipos de garantías.

A este respecto hay que decir que, aunque no sea posible hallar una garantía institucional que no venga acompañada del reconocimiento constitucional, sí resulta factible encontrarnos ante un derecho que sea constitucionalmente reconocido, pero no garantizado

institucionalmente. Por lo tanto, no se trata de comparar estos dos tipos de garantías entre sí, sino de diferenciar aquellos derechos simplemente reconocidos a nivel constitucional, de aquellos otros que además disfrutan de protección en su vertiente institucional.

Consiguientemente, la comparación ha de efectuarse entre la propiedad privada como derecho constitucionalmente reconocido e institucionalmente garantizado, frente a los restantes derechos que sólo gozan de la protección inherente a su reconocimiento constitucional. En el ámbito de este juicio comparativo, es lícito mantener que la propiedad privada disfruta en nuestro ordenamiento de un plus de protección respecto a aquellos otros derechos que son sólo reconocidos constitucionalmente y que carecen de una garantía de su conservación en tanto que institutos. Se podrá pues concluir que la propiedad privada, al ser tutelada por nuestra Norma Fundamental, tanto en su vertiente individual como institucional goza de una protección más intensa y reforzada que aquellos otros derechos únicamente garantizados en su vertiente individual.

### **3. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD.**

En virtud del Art. 33.2 CE el legislador ordinario se halla legitimado para delimitar el contenido de la propiedad privada de acuerdo con la función social que este derecho ha de cumplir en su ejercicio. No obstante, la entrega al legislador de esta potestad delimitadora no resulta incondicionada, ya que, tal y como dispone el Art. 53.1 CE, las restricciones no podrán ser de tal alcance que afecten al contenido esencial del derecho dominical.

### 3.A. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL ORIGEN DE LA GARANTIA DEL CONTENIDO ESENCIAL. SU DIFERENTE TRATAMIENTO EN ALEMANIA, ESPAÑA E ITALIA.

La garantía del contenido esencial (*Wesensgehaltgarantie*) ha sido heredada por nuestra Constitución del Art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*)<sup>57</sup> y surge en el Derecho alemán<sup>58</sup> con una justificación histórica y política muy clara, para dar respuesta, por una parte, al abuso del que fueron objeto durante la época de Weimar las reservas constitucionales de ley y, por otra parte, como reacción a la experiencia autoritaria del régimen nacional-socialista que se había caracterizado por una total falta de respeto a los derechos fundamentales de la persona humana.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> El citado precepto dispone que: 1. Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además, deberá citar el derecho fundamental indicando el Artículo correspondiente. 2. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia.

<sup>58</sup> La filiación alemana de la garantía del contenido esencial resulta unánimemente aceptada en la doctrina, así, entre otros, DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", antes cit. pags. 103 a 106. BAÑO LEON, JOSE MARIA. "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", antes cit. pag. 161. Del mismo autor, "Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de condiciones de vida", Ed. INAP-MAP, Madrid 1988, pag. 214. ESCRIBANO COLLADO, PEDRO. "La propiedad privada urbana. Encuadramiento y régimen", cit. pag. 189. PRIETO SANCHIS, LUIS. "Comentarios a la Leyes Políticas", Tomo VI, Art. 53, antes cit. pag. 465. Idem. "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", antes cit. pag. 395. PEREZ LUÑO, ANTONIO. "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", antes cit. pag. 421. DIEZ PICAZO, LUIS. "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", antes cit. pag. 1262. PEREZ ROYO, JAVIER. "Curso de Derecho Constitucional", antes cit. pag. 298. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pag. 166. REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", antes cit. pag. 304. LOPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO. "Derechos fundamentales y libertad negocial", Ed. Ministerio de Justicia, Madrid 1990, pag. 72.

<sup>59</sup> Sobre la justificación de la *Wesensgehaltgarantie* Vid. entre otros autores, STEIN, EKKEHART. "Derecho Político". Trad. de F. Sainz Moreno. Ed. Aguilar, Madrid 1973, pags. 246 y ss. STERN, KLAUS. "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", en RCEC, núm. 1, Septiembre-Diciembre 1988, pags. 274 y 275. PAREJO ALFONSO,



Pues bien, al igual que la GG, la Constitución española de 1978 surge tras un régimen político autoritario y dictatorial, en el que la abusiva limitación y suspensión de los derechos fundamentales era muy frecuente. Desde esta perspectiva, no resulta arriesgado admitir la posibilidad de que con el establecimiento de la garantía del contenido esencial contemplada en el Art. 53.1 CE, el constituyente hubiese tenido en mente crear un mecanismo que sirviese para evitar que esa trágica situación vivida durante largos años en España pudiera repetirse bajo el nuevo orden democrático que se pretendía fundar con el Texto Fundamental de 1978.

Sin embargo, la similitud apreciable en este punto, no puede ser utilizada como pretexto para efectuar acríticamente un simple trasplante a nuestro ordenamiento de las cuestiones y problemas que la garantía del contenido esencial ha suscitado en el Derecho alemán.<sup>60</sup>

El sentido y funcionalidad atribuible en nuestro sistema jurídico a la cláusula del contenido esencial ha de ser producto de una interpretación del Art. 53.1 CE que se lleve a cabo teniendo siempre presentes las peculiaridades y circunstancias específicas que rodean al Derecho español y no otros ordenamientos jurídicos, por mucho que éstos hayan influido en la redacción de nuestro texto constitucional.<sup>61</sup> Aunque la Constitución española sea fiduciaria

---

LUCIANO. "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", Parte I, antes cit. pags. 270 y 271.

<sup>60</sup> Son críticos con posturas excesivamente mimetistas, entre otros autores: DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el Art. 53.1 CE", cit. pag. 104. BAÑO LEON, JOSE MARIA. "Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de condiciones de vida", antes cit. pag. 214. DIEZ PICAZO, LUIS. "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad en la Constitución", antes cit. pag. 1262. PRIETO SANCHIS, LUIS. "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo VI, Art. 53, antes cit. pag. 465; Del mismo autor, "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", antes cit. pag. 395.

<sup>61</sup> En sentido contrario, considera RUBIO LLORENTE que "la inmensa literatura producida en Alemania sobre el tema (se refiere al contenido esencial) debería estar ya siendo, pienso, objeto de atención muy especial por nuestros juristas, a los que la Constitución obliga, por esta y otras vías, a

en su formación de la *Bonner Grundgesetz*, una vez que entra en vigor, comienza a funcionar autónomamente estando dotada de vida propia, distinta en sus avatares a cualquier otra Norma Fundamental.

En consecuencia, aunque la garantía del contenido esencial haya sido heredada directamente de la GG, en nuestro sistema jurídico concurren diversas peculiaridades que la diferencian e individualizan de la funcionalidad y sentido que adquiere en el ordenamiento alemán.

Así, en el Art. 19.2 GG no queda muy claro cual sea el alcance de la protección otorgada por la cláusula del *Wesensgehalt*, ya que este precepto únicamente alude, sin ulteriores determinaciones, a "derechos fundamentales", lo que ya trae consigo la complicación que entraña determinar qué derechos puedan ser considerados fundamentales y cuales no. Por el contrario, el Art. 53.1 CE delimita con precisión el ámbito que queda comprendido bajo la garantía del contenido esencial, porque la citada garantía se predica respecto de todos los derechos comprendidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, donde también se incluye el derecho de propiedad.<sup>62</sup>

Por consiguiente, en el Derecho español, la protección derivada de la garantía del

---

germanizarse". Vid. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. "La Constitución como fuente de Derecho", antes cit. pag. 67.

<sup>62</sup> Sobre esta diferenciación entre el ordenamiento español y alemán, Vid. PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la STC 8 de Abril de 1981", antes cit. pags. 178 a 180. BAÑO LEON, JOSE MARIA. "Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de condiciones de vida", antes cit. pag. 214.

contenido esencial tiene una mayor amplitud que en el sistema jurídico alemán<sup>63</sup>, ya que alcanza no sólo los derechos fundamentales *stricto sensu*, sino también otros derechos que, aunque básicos, no tienen la consideración de fundamentales en nuestra Constitución.

A esta primera disimilitud hay que añadir que el Art. 19.2 GG. contiene una vinculación negativa que actúa exclusivamente frente a las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales que pretendan imponer las leyes ordinarias. Literalmente el citado precepto se refiere a que "un derecho fundamental pueda ser restringido por una ley o en virtud de una ley".

Sin embargo, en el derecho español el contenido esencial desenvuelve su cometido no sólo como una barrera frente a las limitaciones o restricciones legislativas de los derechos fundamentales, sino también frente a la regulación de su ejercicio.<sup>64</sup> El Art. 53.1 CE dispone que "sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades".

En este sentido, el Art. 53.1 CE. desempeña una doble funcionalidad cuya vigencia en el ordenamiento alemán, al menos no puede deducirse directamente de la interpretación del Art. 19 GG. Por un lado, actuar como una vinculación negativa que impide al legislador adoptar determinadas medidas o comportamientos: aquellos que limiten en exceso los

---

<sup>63</sup> En este entendimiento la AP de Pontevedra señala que la aplicación del WESENSGEHALT de la Ley Fundamental alemana es de menor extensión que en nuestro ordenamiento constitucional. Véanse SST. AP. Pontevedra 22 Diciembre 1993 Fto. Dcho. 1º (R.A.Civ. 2420) y 25 Mayo 1994 Fto. Dcho 1º (R.A.Civ 903).

<sup>64</sup> DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "La regulación de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", cit. pags. 105 y 106. PRIETO SANCHIS, LUIS. "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo VI, Art. 53, antes cit. pag. 466. Idem. "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53.1 de la Constitución española", antes cit. pag. 395.

derechos allí recogidos. Por otro lado, ser una vinculación positiva mediante la cual se puede exigir al legislador la realización de ciertas conductas positivas, precisamente aquellas que sean necesarias para asegurar la efectividad de los derechos a los que se refiere el mismo precepto. Conviene recordar que un derecho fundamental puede ser violado no necesariamente por la acción de los poderes públicos, sino también por su omisión.<sup>65</sup>

De este dato puede inferirse una nueva diferencia que individualiza el funcionamiento de la garantía del contenido esencial en el Derecho español. Si la función que cumple en el ordenamiento alemán la *Wesensgehaltgarantie* es la de actuar como límite negativo frente a las restricciones legislativas de los derechos fundamentales, se puede extraer la consecuencia que bajo su protección únicamente podrán quedar comprendidos los derechos que normalmente reclaman una cierta abstención por parte de los poderes públicos, en definitiva los denominados derechos de libertad.

Por el contrario, si se admite que en el Derecho español, la cláusula del contenido esencial actúa no sólo respecto la limitación de los derechos comprendidos por el Art. 53.1 CE, sino también frente a la regulación legislativa de su ejercicio, en donde se desenvuelve una vinculación de tipo positivo, se puede concluir que bajo esta garantía encuentran protección, no solamente los derechos de libertad, sino también todos aquellos otros derechos que exigen para su efectiva realización una actividad de prestación estatal (derecho a la tutela judicial efectiva Art. 24 CE, derecho a la educación Art. 27 CE. etc).<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Esta interpretación es puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en STC 15/1982 de 23 de Abril (Ftos. Jcos. 7º y 8º) y 24/1982 de 13 de Mayo (Fto. Jco. 4º). En la misma línea, BAÑO LEON, JOSE MARIA. "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", antes cit. pag. 162.

<sup>66</sup> Se trata de la clasificación que ZAGREBELSKY hace de los derechos fundamentales atendiendo a su contenido. Así se habla de que los derechos fundamentales pueden quedar englobados en tres distintas categorías: 1. derechos de libertad negativa, o derechos a no ser compelido a ... 2. derechos de libertad positiva o derechos a ejercer libremente una determinada actividad 3. derechos de

Para finalizar, vamos a efectuar unas breves consideraciones en torno a los perfiles que caracterizan a la garantía del contenido esencial en el derecho italiano. La Constitución italiana de 1948 surge, al igual que la *Bonner Grundgesetz* o la Norma Fundamental española de 1978, tras un régimen político autoritario y nada respetuoso de los derechos fundamentales. Pero sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en España o Alemania, el constituyente italiano no responde de la misma manera a esa experiencia vivida, ya que en ningún lugar del texto constitucional se hace referencia expresa a la cláusula del contenido mínimo o esencial, como especial garantía que se reconoce a los derechos fundamentales para asegurar su integridad frente a la acción legislativa.

En consecuencia, si en España o en Alemania la garantía del contenido esencial es un dato normativo que el intérprete de la Constitución no puede renunciar a dar significación, en el sistema constitucional italiano la problemática en torno a este tipo de garantía no deja de ser la transposición al campo jurídico de una teoría carente un fundamento normativo positivo, en sentido estricto.<sup>67</sup>

Así las cosas, en el Derecho italiano el debate en torno a la garantía del contenido esencial queda muy condicionado por el posicionamiento ideológico de la doctrina.<sup>68</sup> Posicionamiento que se deja sentir especialmente cuando de la generalidad temática del

---

prestación que exigen una conducta positiva por parte de los poderes públicos. Al respecto Vid. ZAGREBELSKY, GUSTAVO. "Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales; el Tribunal Constitucional italiano", en L. Favoreu (Ed.) "Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, pag. 427. BON, PIERRE. "La protección de los derechos fundamentales. Aspectos de Derecho comparado europeo", en RCEC, núm. 11, Enero-Abril 1992, pag. 69. AGUILAR DE LUQUE, LUIS. "Los límites de los derechos fundamentales", en RCEC, núm.14, Enero-Abril 1993, pag. 10.

<sup>67</sup> Así se expresa MANGIAMELI, STELIO. "La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali", antes cit. pags. 53 y 54.

<sup>68</sup> Así lo reconce COMPORTI, MARCO. "Trattato di Diritto Civile e Commerciale", Vol VIII, Tomo I. Diritti reali in generali. Ed. Giuffrè, Milano 1980, pag. 163.

contenido esencial de los derechos fundamentales, se descende a la particular discusión acerca de la posible garantía constitucional del contenido mínimo o standar de la propiedad privada.

Los autores partidarios de una mayor socialización de las relaciones privadas (MOTZO, PIRAS, CASSESE y, en cierto modo, NATOLI) consideran que la Constitución italiana de 1947 no garantiza contenido mínimo alguno a la propiedad privada. Las únicas garantías constitucionales las representan la reserva de ley y el procedimiento expropiatorio.<sup>69</sup>

Sin embargo, para otros autores más proclives a manifestarse a favor de un mayor equilibrio entre el interés individual y social (SANDULLI, COMPORTI, IANNELLI, MANGIAMELI), el Art. 42 de la Constitución italiana otorga una garantía que va más allá que la representada únicamente por la ley o el procedimiento expropiatorio, ya que desde el punto de vista constitucional nunca se podrán considerar legítimas aquellas intervenciones legislativas que no sean respetuosas con el contenido mínimo o esencial del instituto dominical, exceptuando, claro está, los supuestos de expropiación en los que se satisfaga la indemnización debida.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> MOTZO e PIRAS, "Espropriazione e Pubblica utilità", in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1959, pags. 180 y ss. CASSESE, "I beni Pubblici", Ed. Giuffrè, Milano 1969, pags. 16 y ss. La posición de NATOLI no resulta demasiado clara, si bien literalmente afirma que la propiedad privada "no podría ser considerada como un fenómeno originario, presentándose, al contrario, en sus misma características objetivas, como el típico producto de la particular organización de las relaciones económico-sociales [...]. Y por lo tanto, como un típico instituto de derecho positivo". Sobre esta cuestión, NATOLI, UGO. "La proprietà. Appunti delle lezioni", antes cit. pags. 3 y 4.

<sup>70</sup> En cierto modo, podríamos considerar que esta es la posición que cuenta con mayor apoyo en la doctrina italiana: Así entre otros autores destacan, SANDULLI, ALDO M. "Profili costituzionali della proprietà privata", antes cit. pags. 351 y ss. COMPORTI, MARCO. "Trattato di Diritto Civile e Commerciale", Vol VIII, Tomo I, antes cit. pags. 159 y ss. Del mismo autor, "Intervención en el Congreso de Camerino", antes cit. pags. 35 y ss. MANGIAMELI, STELIO. "La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali.", antes cit. pags. 51 y ss. IANNELLI, ANTONIO. "La proprietà costituzionale", antes cit. pags. 57 y ss. PACE, ALESSANDRO. "El legislador de los derechos

Para estos autores, la Constitución no recibe en su seno una institución cuyo contenido esté en blanco y deba ser rellenado por el legislador ordinario, en virtud de la remisión efectuada por la Norma Fundamental. El reconocimiento constitucional de la propiedad privada lo es de un instituto perfectamente conformado y definido en sus rasgos característicos, en base a los cuales se identifica su imagen en un determinado momento. Todo ello resulta constitucionalmente garantizado y, en consecuencia, no es posible negar que el instituto dominical tenga en la Constitución una esencial connotación, en suma, un contenido mínimo ya legible en el propio Art. 42.<sup>71</sup>

En congruencia con estos razonamientos, se considera que las intervenciones legislativas que supongan una deformación sustancial de los rasgos esencialmente identificativos del instituto dominical representan un ataque a la Constitución, ya que con esa forma de actuar se vulnera el contenido mínimo que la misma garantiza a la propiedad privada.

Desde este punto de vista, resulta patente la similitud apreciable entre las teorías italianas sobre el contenido esencial y nuestras tesis en torno a la garantía institucional de la propiedad privada. La explicación puede hallarse en el hecho de que al faltar una referencia normativa expresa en la Constitución italiana al contenido mínimo dominical, la tutela que este mecanismo de protección representa, por así decirlo, es "absorbida" por el

---

fundamentales", en AA.VV. "La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia", Ed. Civitas, Madrid 1991, pags. 76 y ss. SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO. "Proprietà privata e Costituzione", antes cit. pags. 958 y 959.

<sup>71</sup> Véase ahora en concreto, SANDULLI, ALDO M. "Profili costituzionali della proprietà privata", antes cit. pag. 353. Obviamente, al respecto no faltarán los autores críticos quienes entiendan que esta forma de pensar puede desembocar en consecuencias negativas como dar total prevalencia al Derecho material sobre el formal, o confiar la protección de los derechos en meros datos prenormativos o metajurídicos, con el consiguiente riesgo de acercamiento a posturas de corte iusnaturalista.

reconocimiento constitucional y la garantía institucional.<sup>72</sup> En líneas generales, para la doctrina italiana, la garantía del contenido esencial no lo es de la propiedad privada en tanto que derecho subjetivo, sino en cuanto institución.

Este es, a nuestro juicio, uno de los principales rasgos que diferencian al sistema italiano de nuestro ordenamiento jurídico. Como veremos más adelante en mayor profundidad, en nuestro Derecho es posible efectuar un desdoblamiento entre la protección que para la propiedad privada deriva de su garantía institucional y de su contenido esencial, ya que ambos tipos de garantía se hallan expresamente contemplados y diferenciados en la Constitución. En este entendimiento, consideramos que la garantía institucional y el contenido esencial desenvuelven su cometido a un distinto nivel, ya que carece de sentido que el constituyente malgaste sus esfuerzos en acumular idénticos mecanismos de tutela que puestos en mútua relación no aportan nada nuevo el uno al otro.

Como ya ha sido puesto de relieve, la Constitución española de 1978 protege a la propiedad privada tanto en su vertiente individual-subjetiva, como en su vertiente institucional. Así, la garantía institucional entra en juego cuando el legislador pretende modificar o variar el contenido de la institución dominical, evitando su supresión o deformación sustantiva. Mientras, el contenido esencial actuará, como veremos, cuando la actividad legislativa conforme o restrinja el contenido de concretas titularidades subjetivas dominicales, dependiendo de la categoría de bienes de que se trate. En suma, por esta posibilidad de desdoblamiento, debida a su diferente funcionalidad, la garantía que representa el contenido esencial no es subsumible (como en el caso italiano) en el ámbito de protección inherente al reconocimiento constitucional o a la garantía institucional.

---

<sup>72</sup> PACE, ALESSANDRO. "El legislador de los derechos fundamentales", antes cit. pag. 76.



### 3.B. APROXIMACION A LA DETERMINACION DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA.

Determinar *a priori* qué es lo que ha de entenderse por el concepto de contenido esencial del derecho de propiedad no es tarea exenta de dificultad.<sup>73</sup>

La Constitución alude al contenido esencial como garantía de los derechos contemplados en el Capítulo II del Título I, no obstante no aporta ningún dato en orden a la concrección de su noción, ni define su concepto. En realidad, nuestro último constituyente no podía haber actuado de otra forma, ya que si hubiese precisado hasta el último extremo la noción de la esencia dominical estaría asumiendo la realización de un cometido que no le corresponde, creando una excepción discordante con la naturaleza de la norma que se le ha encomendado elaborar.

La Constitución española de 1978 es una norma de naturaleza abierta y de carácter inacabado que no codifica, sino regula a grandes rasgos aquello que parece importante y necesita determinación.<sup>74</sup> Por este motivo, el Derecho en ella contenido no representa una

---

<sup>73</sup> En sede general y no sólo en materia de propiedad privada, la doctrina ha reconocido unánimemente la gran dificultad existente a la hora de intentar precisar el concepto de contenido esencial. Así lo han manifestado expresamente, STERN, KLAUS. "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", antes cit. pag. 275. BON, PIERRE. "La protección de los derechos fundamentales: aspectos de Derecho comparado", antes cit. pag. 69. LOPEZ Y LOPEZ ANGEL M. "Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral", antes cit. pag. 247. Idem. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pags. 138 y 139. MONTES PENADES, VICENTE. "Derecho Civil. Parte General", antes cit. pag. 63. GARCIA MORILLO, JOAQUIN. AA.VV. "Derecho Constitucional", Vol. I, antes cit. pag. 380. PEREZ ROYO, JAVIER. "Curso de Derecho Constitucional", antes cit. pag. 298.

<sup>74</sup> Como en veces anteriores y por remisión a la doctrina alemana, HESSE, KONRAD. "Escritos de Derecho Constitucional", antes cit. pag. 18.

regulación acabada y exhaustiva.<sup>75</sup> Indudablemente, si se hubiese definido el contenido esencial de la propiedad privada, la Constitución contendría una regulación acabada y con visos de completitud que quizás contravendría su naturaleza de norma abierta porque, al ser el Art. 53.1 lugar común a todos los derechos recogidos en el Capítulo II del Título I, el constituyente se vería igualmente obligado a determinar, uno por uno, la esencia de todos los derechos allí comprendidos. Resulta obvio que abordando la regulación de este tipo de cuestiones se habría superado con creces el ámbito de aquello que es importante y necesita determinación.

Por otra parte, si el constuyente hubiese precisado en qué consiste la esencia dominical el régimen jurídico constitucional de la propiedad privada se congelaría, dificultándose, en una gran medida, la posibilidad de adecuarlo a los eventuales cambios que a nivel social, político o económico pudiesen acontecer. De esta manera, se acabaría por interponer una gran distancia entre la disciplina constitucional y la realidad a la que tendría que ser aplicada, que quizás llevara a plantearse una reforma de la Constitución porque, al haberse excedido ésta en la regulación de aquello que es importante y necesita determinación, ya no podría ser vista como garantía de orden y estabilidad.

En definitiva, el contenido esencial de la propiedad privada aparece en la Constitución como un concepto jurídico indeterminado, respecto el cual la doctrina científica y la jurisprudencia constitucional tienen asignado un importante papel en orden a su precisión.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> En la misma línea que en la nota anterior, STERN, KLAUS. "Derecho del Estado de la República Federal Alemana", antes cit. pag. 255.

<sup>76</sup> Coinciden en calificar al contenido esencial como un concepto jurídico indeterminado, entre otros, RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. "La Constitución como fuente del Derecho", antes cit. pag. 67. PRIETO SANCHIS, LUIS. "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo VI, Art. 53, antes cit. pag. 467. Del mismo autor, "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", antes cit. pag. 397.

En esta línea, el mismo Tribunal Constitucional declara que *"no determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal al que, como intérprete supremo de la Constitución (Art. 1 LOTC), corresponde, en último término y para cada caso concreto, llevar a cabo su determinación"* (STC. 37/1981 de 16 de Noviembre Fto. Jco. 2º y STC 58/1984 de 9 de Mayo Fto. Jco. 1º)

Sin embargo, por lo que se refiere a la propiedad privada, el Tribunal Constitucional no ha resuelto el fondo de la cuestión, sino que se ha limitado a suministrar ciertos parámetros cuya utilización facilita la labor de determinar aquello que comprende la esencia dominical.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Como señala LOPEZ Y LOPEZ, "el Tribunal Constitucional no indica cual es el contenido o contenido esencial del derecho de propiedad, o sus diversos tipos, pero sí suministra aproximaciones válidas dejando la incógnita de cuál es el tipo o tipos abstractos de derechos dominicales con los cuales confrontar el régimen legal en cada caso." Vid. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 147. En la misma línea DELGADO DE MIGUEL, JUAN FRANCISCO. "Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología", cit. pag. 74. Reconocemos que durante cierto tiempo nos hemos cuestionado cuáles podrían ser las razones por las que el Tribunal Constitucional en muchas de sus resoluciones aportaba concretas y precisas definiciones del contenido esencial de ciertos derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la sindicación en STC 91/1983 de 7 de Noviembre (Fto. Jco. 2º) o el derecho a ser informado de la acusación a efectos de defensa en STC 105/1983 de 23 de Noviembre (Fto. Jco. 4º) o el derecho a la tutela judicial efectiva en STC 126/1984 de 26 de Diciembre (Fto. Jco. 2º) y STC 99/1985 de 30 de Septiembre (Fto. Jco. 4º). Sin embargo, cuando se refería a la propiedad privada no resolvía la cuestión de fondo, suministrando únicamente algunos criterios aproximativos para su precisión, por ejemplo en STC 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º), o en STC 89/1994 de 17 de Marzo (Fto. Jco. 4º). La única explicación que hallamos es de naturaleza eminentemente procesal. Cuando se alega ante el Tribunal Constitucional la vulneración del contenido esencial de la propiedad privada, la vía a la que ha de acudir es el recurso de inconstitucionalidad (Arts. 53.1 y 161.1a CE) y, por consiguiente, no nos hallamos ante un concreto caso justiciable; no se trata de la vulneración del contenido esencial de un derecho individualizado de una persona concreta en una situación específica, sino que normalmente se trata de reclamaciones que afectan como mínimo a enteras categorías de bienes. Por lo tanto, a una genérica cuestión el Tribunal ha de responder genéricamente. Sin embargo, cuando se alega ante el Tribunal Constitucional la vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental *stricto sensu* la vía a la que se puede acudir es el recurso de amparo (Arts. 53.1 y 161.1b CE). En este supuesto sí nos hallamos ante un concreto caso justiciable en el que una persona individualizada alega que, en una situación específica, ha sufrido una vulneración, que a ella solo afecta, de uno de los derechos fundamentales que le asisten (Vid. por ejemplo, derecho al honor Art. 18.1 CE, tutela judicial efectiva Art. 24.1 CE, derecho de asociación Art. 22 CE, libertad de expresión Art. 20.1 CE,

En este sentido, el Alto Tribunal afirma literalmente que *"la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo viene marcada por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así"*, a lo que añade que esa determinación puede ser también expresada como *"aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho, resulten, real, concreta y efectivamente protegidos"*.<sup>78</sup>

Como es fácilmente comprobable, el Tribunal Constitucional no identifica la esencia dominical necesariamente con el contenido íntegro del derecho, sino que aquella puede estar constituida por una parte del mismo, habida cuenta que en la resolución citada se habla del *"elenco de facultades o posibilidades de actuación..."* necesarias para su reconocibilidad como perteneciente al tipo de derecho de que se trate o de *"aquella parte del contenido del derecho..."*.<sup>79</sup>

Sin embargo, no es posible determinar en qué consiste la parte sin conocer previamente el todo. Siendo ello así, en la determinación del contenido esencial de la propiedad privada habrá de atravesar dos fases bien diferenciadas: en primer lugar habrá que

---

etc.) En esta hipótesis el Tribunal Constitucional tiene que dar una solución concreta a un caso concreto que se le presenta, siendo en este tipo de casos cuando se aporta alguna definición expresa sobre el contenido esencial de algún derecho fundamental. Nos ha servido de gran valor en este sentido la lectura de CARRASCO PERERA, ANGEL. "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", antes cit. pag. 82.

<sup>78</sup> Se trata de una línea jurisprudencial iniciada con la STC 11/1981 de 8 de Abril (Fto. Jco. 7 y 8) y continuada por las SSTC. 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º), 196/1987 de 11 de Diciembre (Fto. Jco. 5º) y 89/1994 de 17 de Marzo (Fto. Jco. 4º).

<sup>79</sup> Observación también realizada por PRIETO SANCHIS, LUIS. "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", antes cit. pag. 399. Del mismo autor, "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo VI, Art. 53, cit. pag. 469.

delimitar el contenido normal del derecho, para luego precisar qué parte del mismo constituye su esencia.

La dificultad para delimitar la esencia dominical se debe, en parte, a lo complejo que ya resulta el tratar de precisar su contenido normal.

Para los clásicos, el contenido de la propiedad privada se identificaba con una suma de facultades que comprendía el *ius utendi*, *ius fruendi*, *ius disponiendi* y *ius vindicandi*.<sup>80</sup> Sin embargo, esta concepción se muestra totalmente superada, siendo hoy unánimemente aceptado que el contenido dominical no se integra por una suma, sino por una síntesis de facultades; un poder unitario que se traduce en indeterminadas posibilidades de actuación,<sup>81</sup> las cuales varían, bien históricamente respecto un mismo derecho dependiendo de la evolución de las circunstancias sociales, políticas y económicas, o bien en relación a los diferentes

---

<sup>80</sup> Para una lectura de las definiciones propuestas por BALDO, BARTOLO, ALCIATO, DUARENO, etc., Vid. GUTIERREZ FERNANDEZ, BENITO. "Códigos o Estudios Fundamentales sobre Derecho Civil español", Vol. II, antes cit. pag. 66. PATAULT, ANNE-MARIE. "Introduction historique au droit des biens", cit. pags. 22 y 23. ZENATI, FREDERIC. "Pour una rénovation de la théorie de la propriété", antes cit. pag. 313. MANRESA Y NAVARRO, JOSE MARIA. "Comentarios al Código Civil español", Tomo II, cit. pag. 190. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 133. Siendo esta como es un definición totalmente superada, el Tribunal Supremo continúa haciendo referencia a ella para encauzar sus razonamientos en orden a precisar el contenido del derecho de propiedad para los supuestos concretos que se le plantean. Literalmente se dice en la reciente STS 1 Marzo 1994 (Civil) Fto. Dcho. 2º (RJA 1633): "...la propiedad es -a salvo de las cada día mayores limitaciones de carácter público e incluso privado que el dominio puede experimentar- un derecho que otorga a su titular todas las facultades que al mismo corresponden -ius utendi, fruendi, abutendi, disponendi, etc-".

<sup>81</sup> WOLFF, MARTIN. "Derecho de cosas", antes cit. pag. 329. TRABUCCHI, ALBERTO. "Istituzioni di Diritto Civile", Ed. Cedam, Padova 1993, pag. 393. PUGLIATTI, SALVATORE. "La proprietà nel nuovo Diritto", antes cit. pag. 134. GROSSI, PAOLO. "La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico", antes cit. pag. 130. TABET, ANDREA y OTTOLENGHI, ENZO. "La proprietà", antes cit. pag. 15. LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. "Elementos de Derecho Civil", Tomo III, Vol I, antes cit. pag. 284. ALBALADEJO, MANUEL. "Derecho Civil", Vol III, antes cit. pags. 249 y 250. MONTES PEÑADES, VICENTE. "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", Tomo V, Vol I, Art. 348, pag. 147. CASTAN TOBEÑAS, JOSE. "Derecho Civil español, Común y Foral", Tomo II, Vol. I, antes cit. pag. 165.

derechos dominicales, según las categorías de bienes que constituyan su objeto.<sup>82</sup>

Debido a la mutabilidad e indeterminación de las facultades dominicales, el intento de definir el contenido normal del derecho de propiedad sobre la base de las posibilidades de actuación de su titular nunca vendrá totalmente acabado.<sup>83</sup> Tal y como reconoce la doctrina, el propietario puede hacer con la cosa que le pertenece todo lo posible, menos aquello que esté expresamente prohibido.<sup>84</sup> En base a esta realidad se reconoce que inevitablemente conduce al fracaso intentar delimitar positivamente el contenido normal del dominio apoyándose en las posibilidades de actuación que corresponden al propietario, por lo que se prefiere optar por una vía negativa de aproximación. Se trata primero de determinar que es lo que no puede hacer el propietario, para luego, utilizando un criterio de descarte, sostener que lo restante es lo que sí le está permitido hacer y, por lo tanto, constituye el contenido

---

<sup>82</sup> GARCIA PELAYO ha resaltado la dificultad existente en determinar en qué consiste el contenido del derecho de propiedad, cuando estima que "el haz de facultades que componen el derecho de propiedad es históricamente variable, ya que estas facultades se diversifican como consecuencia de la complejidad de la sociedad y las relaciones económicas de nuestro tiempo". Sobre esta cuestión, GARCIA PELAYO, MANUEL. "Algunas consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución", antes cit. pag. 33. También sobre la eterna variabilidad del contenido del derecho de propiedad, VAREILLES-SOMMIERES, MARQUIS DE. "La définition et notion juridique de la propriété", antes cit. pag. 446.

<sup>83</sup> Resulta ocioso el intento de enumerar o clasificar exhaustivamente las posibilidades de actuación del dueño, que son todas las inimaginables, ahora o en el futuro. Al respecto, Vid. LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. "Elementos de Derecho Civil", Tomo III, Vol. I, antes cit. pag. 283. Idem. "Manual de Derecho Civil". 2ª Ed. Bosch, Barcelona 1984, pag. 351.

<sup>84</sup> Como es sobradamente conocido, este ha sido un criterio clásicamente utilizado por la doctrina para diferenciar a la propiedad privada de los derechos reales limitados sobre cosa ajena. Así, se afirma que la propiedad representa el poder de hacer en relación con la cosa todo lo posible menos aquello que está prohibido, mientras los derechos reales limitados representan tan solo la posibilidad de hacer aquello que esté expresamente permitido. En este sentido, WOLFF, MARTIN. "Derecho de cosas", antes cit. pag. 329. VAREILLES-SOMMIERES, MARQUIS DE. "La définition et la notion juridique de la propriété", antes cit. pags. 443 y 444. BRANCA, GIUSEPPE. "Instituciones de Derecho Privado", antes cit. pag. 178. BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit. pag. 2. ALBALADEJO, MANUEL. "Derecho Civil", Tomo III, Vol. I, antes cit. pag. 248. DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pag. 102.

normal del derecho dominical.<sup>85</sup>

Sin embargo, la delimitación negativa del contenido normal del derecho de propiedad presenta similares inconvenientes a los que surgen cuando se aborda su determinación en sentido positivo.

Por una parte, a nuestro modo de ver, tampoco es posible saber a ciencia cierta lo que no está permitido hacer al dueño. En primer lugar, porque frecuentemente los límites impuestos al ejercicio de las facultades dominicales son muy genéricos y poco específicos.<sup>86</sup> En segundo lugar porque, al igual que las posibilidades de actuación que asisten al propietario, las restricciones imponibles a las mismas varían de uno a otro derecho dominical en función de la categoría de bienes de que se trate, así como también son eternamente mutables a lo largo del devenir histórico, dependiendo de los cambios que se produzcan en el ámbito social, político o económico.

Por otra parte, y este es quizás el inconveniente de mayor peso, acudir a un criterio de determinación negativa conduce de manera inevitable a identificar el contenido del derecho de propiedad única y exclusivamente con un conjunto de facultades o posibilidades de actuación, ya que, si se afirma que el dominio es el derecho que tiene un sujeto para hacer con la cosa que le pertenece todo lo posible, menos aquello que está expresamente prohibido, los límites o restricciones que consagren esas específicas interdicciones quedarían depositadas

---

<sup>85</sup> A favor de una determinación en sentido negativo del contenido dominical Vid., entre otros, MOLITOR, ERICH. "Nueva problemática de la propiedad", cit. pags. 174 y 175. IANNELLI, ANTONIO. "La proprietà costituzionale", antes cit. pags. 61 y 62. ROTONDI, MARIO. "Instituciones de Derecho Privado", antes cit. pag. 235. NATOLI, UGO. "La proprietà. Appunti delle lezioni", antes cit. pag. 68. Tabet, ANDREA y OTTOLENGHI, ENZO. "La proprietà", antes cit. pag. 17. BARASSI, LODOVICO. "Proprietà e comproprietà", antes cit. pag. 32.

<sup>86</sup> Así lo apunta acertadamente, GAMBARO, ANTONIO. "La proprietà. Beni, proprietà, comunione", antes cit. pag. 96.

en una esfera externa al derecho, no entrando a formar parte de su contenido normal. Esta manera de pensar llevaría inexorablemente a negar que la función social sea un elemento integrante del contenido dominical.

Un criterio de determinación negativa del contenido del derecho de propiedad sólo resultaría admisible partiendo de una interpretación del Art. 348 Cc. efectuada en un contexto de pleno individualismo liberal. Sin embargo, en la actualidad nos hallamos inmersos en un modelo de Estado que propugna como un principio fundamental la realización de los valores sociales, en donde el epicentro de la disciplina jurídica de la propiedad privada ya no se ubica sólo en el Código Civil<sup>87</sup>, sino también en la Constitución, que representa ahora el inexcusable punto de partida para toda operación de delimitación del contenido normal del dominio privado.

En este sentido, el Art. 33. CE reconoce el derecho a la propiedad privada, pero a renglón seguido, admite la posibilidad de que la función social delimite su contenido de acuerdo con las leyes. Si la propiedad privada es limitable por el legislador, quien ha sido apoderado por la Constitución para ello, está claro que la limitación no es, en rigor, una operación externa sobre el derecho tal como está constitucionalmente reconocido, debido a que ese reconocimiento incluye la limitabilidad por obra de la función social como uno de sus

---

<sup>87</sup> En esta línea el Tribunal Constitucional ha declarado que *"la propiedad privada ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil [...] ha de rechazarse de entrada, por infundada, la pretensión de los recurrentes de identificar el contenido de la misma atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el Siglo XIX, dispuso con carácter general en su Art. 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada [...]."* (STC 37/1987 de 26 de Marzo Fto. Jco. 2º).



elementos integrantes.<sup>88</sup>

De este modo, la función social se transforma en un ingrediente del contenido de la propiedad privada, ya que está presente en cuanto a tal en su conformación jurídica constitucional.<sup>89</sup>

En definitiva, el contenido dominical no ha de reducirse solamente a un conjunto de facultades o posibilidades de actuación, sino también a una serie de deberes y obligaciones que son fruto de la función social que en la actualidad ha de cumplir la propiedad privada en su ejercicio.

La incorporación de ese conjunto de deberes y obligaciones no produce únicamente una alteración formal de la composición del contenido dominical, en el sentido de que se vengán añadir ahora a sus elementos tradicionales (facultades y posibilidades de actuación) unos nuevos componentes que anteriormente no se colocaban en este contexto. Por el contrario, la modificación que se produce es de naturaleza material o sustantiva, ya que los deberes y obligaciones de talante social, al entrar a formar parte del contenido dominical, no se ubican en un compartimento estanco y aislado de aquel otro lugar en donde se hallan las facultades o posibilidades de actuación, sino antes bien proyectan directamente toda su influencia sobre su ejercicio, condicionándolo, modalizándolo, limitándolo, impidiéndolo sin más, etc.

Siendo ello así, el contenido normal de la propiedad privada se podría disponer

---

<sup>88</sup> El Tribunal Constitucional ha reconocido que "*Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad para cada categoría de bienes.*" Vid. STC 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º) y STC 89/1994 de 17 de Marzo (Fto. Jco. 4º).

<sup>89</sup> HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "La propiedad privada y su función social en la Constitución", antes cit. pag.15. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", ya cit. pag. 178.

aproximadamente de la siguiente manera: 1. facultades cuyo ejercicio queda supeditado a la libre voluntad del propietario. 2. facultades cuyo ejercicio queda condicionado al cumplimiento por parte del propietario de determinadas exigencias o requisitos. 3. facultades cuyo ejercicio deviene obligado para el propietario, por así exigírselo una ley determinada que concreta la función social. 4. facultades cuyo ejercicio se impide durante determinado tiempo. 5. y finalmente, facultades cuyo ejercicio no se reconoce al titular dominical.

Ahora bien, siguiendo con el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional, y una vez delimitado aproximadamente aquello que constituye el contenido normal del derecho de propiedad privada, lo que deviene especialmente complejo es determinar qué parte del mismo resulta identificable con la sustancia imprescindible y esencia dominical.

Según el Alto Tribunal, para averiguar qué parte del contenido del derecho de propiedad constituye su esencia cabe seguir dos tipos de procedimientos a los que la doctrina ha bautizado con la denominación de teoría de la reconocibilidad y teoría de la jurisprudencia de intereses.<sup>90</sup>

### **3.B.a). LA TEORIA DE LA RECONOSCIBILIDAD.**

Como acertadamente señala PEREZ ROYO, esta teoría no es más que una manifestación del procedimiento científico clásico: ir de lo abstracto a lo concreto.<sup>91</sup> Se

---

<sup>90</sup> LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pags. 138 y ss. Del mismo autor, "Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral", antes cit. pags. 246 y ss. DIEZ PICAZO, LUIS. "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad en la Constitución", antes cit. pag. 1262. MONTES PENADES, VICENTE. "Derecho Civil. Parte General", antes cit. pags. 63 y 64. GARCIA MORILLO, JOAQUIN. AA.VV. "Derecho Constitucional", Vol I, antes cit. pag. 381.

<sup>91</sup> PEREZ ROYO, JAVIER. "Curso de Derecho Constitucional", antes cit. pag. 299.

trata de verificar si un específico derecho regulado por el legislador resulta subsumible o se puede ajustar al tipo abstracto dominical.<sup>92</sup> Por consiguiente, para delimitar el contenido esencial de la propiedad privada siguiendo los postulados de la teoría de la reconocibilidad es necesario atravesar dos fases bien diferenciadas: en primer lugar, será imprescindible identificar la imagen del tipo dominical abstracto. Una vez realizado esto, habrá de comprobarse si el derecho regulado por el legislador resulta encajable en ese tipo abstracto ya perfectamente definido y conformado.

Comenzamos, pues, con la primera de las fases aludidas. En palabras del Tribunal Constitucional, para identificar el tipo abstracto de un determinado derecho es necesario poner en relación el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en sentido amplio, los especialistas en Derecho.<sup>93</sup>

Este método de determinación de la esencia dominical no ha estado exento de críticas, cuya aparición incluso se podía prever si se tiene presente que nos encontramos en un momento en que el positivismo y legalismo están a la orden del día. Se censura a la teoría de la reconocibilidad, el permitir enjuiciar la constitucionalidad de las leyes acudiendo a criterios ajenos a la propia Constitución y que, por este motivo, podrían ser considerados como de dudosa seguridad jurídica. En este entendimiento, se argumenta que en la operación de delimitación del contenido esencial se dará entrada libre a conceptos prenormativos de naturaleza metajurídica, símbolos inequívocos de tendencias iusnaturalistas que otorgan

---

<sup>92</sup> Este razonamiento es seguido por el Tribunal Constitucional en STC 11/1981 de 8 de Abril (Fto. Jco. 8º) y parece sobrentenderse en las STC 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º), 196/1987 de 11 de Diciembre (Fto. Jco. 5º), 89/1994 de 17 de Marzo (Fto. Jco. 4º), aunque no se manifieste expresamente.

<sup>93</sup> Ibidem Supra.

preferencia a la Constitución material frente a la Constitución formal.<sup>94</sup>

Sin embargo, estos temores no pueden ser compartidos, porque, en este caso, remitirse a lo que la conciencia jurídica generalizada entienda que constituye el tipo dominical abstracto, significa aproximarse muy de cerca a la denominada conciencia social que jurídicamente resulta canalizable, por un lado, mediante la exigencia de interpretar las normas de acuerdo con la realidad social en la que han de ser aplicadas (Art. 3.1 Cc). En este contexto resulta perfectamente encuadrable la Constitución, pues su naturaleza de norma abstracta, abierta e inacabada plantea la necesidad de interpretar el sentido de sus preceptos de conformidad con la realidad social sobre la que se proyecta su aplicación, si se pretende evitar un nada deseable distanciamiento entre el plano constitucional y social que, en definitiva, amenazaría con destruir la necesaria estabilidad que ha de poseer todo orden jurídico fundamental. Por otro lado, la conciencia social encuentra también encaje jurídico mediante su asimilación a la concepción sociológica de los principios generales del ordenamiento, en tanto que convicciones jurídicas básicas de la comunidad asentadas en el Art. 1 de la Constitución.

Por consiguiente, remitirse a la conciencia social o jurídica generalizada para determinar el contenido esencial de la propiedad no supone hacerlo a conceptos fundados en un Derecho ajeno o preexistente a la Constitución.<sup>95</sup> La constitucionalidad de las leyes que delimitan el

---

<sup>94</sup> Con relación a esta crítica y para una más amplia referencia sobre la misma, PREDIERI ALBERTO. "El sistema de las fuentes del Derecho", antes cit. pags. 204 y ss. MANGIAMELI, STELIO. "La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali", antes cit. pag. 51. PRIETO SANCHIS, LUIS. "Comentarios a las leyes políticas", Tomo VI, Art. 53., antes cit. pag. 470. Idem. "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", antes cit. pag. 400. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", cit. pags. 243 y ss.

<sup>95</sup> En el mismo sentido, BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pag. 243. En contra, PREDIERI, ALBERTO. "El sistema de las fuentes del Derecho", cit. pag. 204.

contenido normal de la propiedad privada ha de apreciarse conforme a la imagen que generalmente se tenga de este derecho. Pero esta imagen necesariamente ha de ser la que se posea en el momento actual, tras ya largos años de vigencia de nuestra Norma Fundamental y no la que corresponda a una etapa histórica de nuestro ordenamiento completamente superada.

En la actualidad nadie identifica a la propiedad privada (y mucho menos los especialistas en Derecho) con un derecho cuyo ejercicio sea totalmente libre, sin ingerencias o límites de ningún tipo. La generalidad de los ciudadanos es perfectamente consciente de que éste es un derecho normalmente limitable por razón de las exigencias sociales. Como ha reconocido el Tribunal Constitucional *"la dimensión social de la propiedad privada es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea, y por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito"*.<sup>96</sup>

Además, esa imagen que la conciencia jurídica generalizada o la conciencia social tiene del tipo abstracto dominical se corresponde también con el "tipo constitucionalmente descrito" y, por este motivo, cuando se acude a la teoría de la reconocibilidad se está juzgando la constitucionalidad de una determinada medida legislativa que afecta al contenido de la propiedad privada de acuerdo, aunque sea de manera mediata, con la misma Constitución y los criterios por ella sentados, no habiendo, en consecuencia, ningún tipo de razón para creer que esta forma de operar supone una llamada a conceptos prenormativos o metajurídicos

---

<sup>96</sup> STC. 37/1987 de 26 de Marzo, Fto. Jco. 2º y, por remisión expresa a ésta, STS. 26 Noviembre 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 8650).

totalmente desconectados del Orden Fundamental.

Así las cosas, la obtención del tipo dominical abstracto es el resultado de una operación espontánea que podríamos denominar de "heterointegración constitucional".<sup>97</sup> Es decir, aunque este tipo se determina acudiendo a datos extraconstitucionales como la imagen que generalmente se tenga en la conciencia popular, no se trata de conceptos metajurídicos ajenos a la propia Constitución, sino formados y moldeados en su sustancia desde y de conformidad con el orden constitucional.<sup>98</sup>

Una vez definida y conformada la identidad del tipo abstracto dominical, nos hallamos ya en condiciones de abordar la segunda de las fases antes aludidas y que consiste en comprobar si el específico derecho después de su regulación por el legislador todavía resulta subsumible o no en ese tipo abstracto. El Tribunal Constitucional considera que el método al que se ha de acudir para ello es examinar si en el particular derecho regulado legislativamente concurren o no aquellas facultades inequívocamente identificativas de la fisonomía del tipo abstracto del derecho de propiedad. Literalmente se afirma que *"Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación que son necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que quedar comprendido*

---

<sup>97</sup> Muy brevemente sobre el tema, GAMBARO, ANTONIO. "La propiedad. Beni, propiedad, comunione", antes cit. pags. 116 y 117.

<sup>98</sup> Aunque en un modo más genérico y refiriéndose no al tipo abstracto dominical, sino al contenido esencial en sentido estricto, puede ser de utilidad la consulta de BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pag. 245. PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo III, Art. 33, antes cit. pags. 412 y ss. Idem. "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", antes cit. pags. 422 y ss.

en otro, desnaturalizándose por decirlo así".<sup>99</sup>

Surge, por lo tanto, la dificultad de distinguir entre las facultades que son inequívocamente identificativas de la fisonomía esencial del tipo abstracto del derecho de propiedad y aquellas otras que tienen la consideración de accesorias y de las que, por consiguiente, se podría prescindir sin alterar en absoluto la relación de pertenencia del derecho concreto al tipo abstracto.

Dicha diferencia a menudo se torna compleja, porque lo característico y esencial de una cosa no siempre coinciden. Es posible que un determinado elemento constituya una pieza básica y esencialísima para el funcionamiento de una concreta especie de institución jurídica y, sin embargo, no sea en nada útil para diferenciarla de las restantes especies que integran el género.

De nuevo en este punto el recurso a la conciencia social deviene casi imprescindible. Según los dictados de la misma, el dominio se suele identificar con la diferencia que existe entre lo mío y lo tuyo, lo cual prueba que la clásica definición de la propiedad como "*plena in re potestas*" no resulta tan desacertada.

El derecho de propiedad representa para su titular la posibilidad de obtener de la cosa que le pertenece cuantas utilidades se puedan deducir de ella, salvo, claro está, los necesarios correctivos que impone la concurrencia de los derechos ajenos y el interés social de la entera colectividad. En suma, la fisonomía dominical se identifica con una relación ideal de máxima pertenencia de la cosa al hombre y, en consecuencia, dicha relación atribuye el máximo poder

---

<sup>99</sup> STC. 11/1981 de 8 de Abril (Fto. Jco. 8º), 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º), 196/1987 de 11 de Diciembre (Fto. Jco. 5º) y 89/1994 de 17 de Marzo (Fto. Jco. 4º).

o señorío sobre la cosa en abstracto, aunque luego en concreto, y como una manifestación más de este señorío, el propietario lo limite.

Por consiguiente, desde la perspectiva de la teoría de la reconocibilidad, la esencia de la propiedad privada no se identifica en función de un *quantum* de facultades.<sup>100</sup> Para averiguar si un específico derecho encaja en el tipo abstracto dominical no ha de atenderse al mayor o menor número de facultades que puedan ser detraídas por el legislador, sino a cuáles han sido sustraídas legislativamente. Es perfectamente posible que extrayendo un gran número de facultades dominicales no se atente en lo más mínimo a la identidad esencial de un específico derecho de propiedad, pero es igualmente factible que sustrayendo una sola de ellas se pueda considerar que el concreto derecho regulado legislativamente ya no es reflejo de la fisonomía dominical abstracta.

### 3.B.b) LA TEORIA DE LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES.

Por aplicación de la denominada teoría dogmática de la jurisprudencia de intereses se entiende que integra el contenido esencial de la propiedad privada *"aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles resulten concreta y efectivamente protegidos"*.<sup>101</sup>

En consecuencia, en un primer momento habrá que determinar cuál es el interés que se considera jurídicamente protegible bajo el derecho subjetivo de propiedad privada, para

---

<sup>100</sup> BALAGUER CALLEJON, MARIA LUISA. "El contenido esencial del derecho de huelga" en RDPolt., núm 34, 1991, pag. 126.

<sup>101</sup> STC. 11/1981 de 8 de Abril, (Fto. Jco. 8º), 13/1984 de 3 de Febrero (Fto. Jco. 3º), 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º), 196/1987 de 11 de Diciembre (Fto. Jco. 5ª), 89/1994 de 17 de Marzo (Fto. Jco. 4º).



luego intentar precisar cuál sea la parte del contenido de ese derecho o en base a qué facultades o posibilidades de actuación puede considerarse que el interés jurídicamente protegible deviene concreta y efectivamente protegido.<sup>102</sup>

Pues bien, tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 el interés jurídicamente protegido bajo el derecho de propiedad se ha visto ampliado: ya no se trata solamente de proteger el interés individual del titular dominical, sino que ahora la defensa jurídica alcanza también al interés social de la colectividad.<sup>103</sup> Sin embargo, con esta afirmación poco o nada estamos diciendo respecto a la identidad dominical, ya que el tandem interés individual-social se repite en otras muchas figuras jurídicas totalmente distintas. Tal podría ser el caso de la concesión, en donde, al igual que en la propiedad, encuentran protección jurídica tanto el interés individual de su titular como el interés social o público de la comunidad.

Ahora bien, lo que realmente caracteriza a la propiedad privada es el modo en que en su seno se relacionan y disponen interés individual y social. Frente a lo que acontece en la

---

<sup>102</sup> CARRASCO PERERA, ANGEL. "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", antes cit. pag. 81.

<sup>103</sup> Así, en reiteradas ocasiones STC. 37/1987 de 26 de Marzo, Fto. Jco. 2º. Partidarios de esta forma de pensar son, entre otros, ALPA, GUIDO. "Compendio del nuovo Diritto Privato", cit. pags. 320 y 321. COMPORTI, MARCO. "Considerazioni sulla proprietà e sui diritti reali nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio", antes cit. pag. 472. GALGANO, FRANCESCO. "Diritto Civile e Commerciale", Vol. I, antes cit. pags. 329 y 330. Idem. "Immagini della proprietà", cit. pag. 818. RODOTA, STEFANO. "Poteri dei privati e disciplina della proprietà", cit. pags. 372 y ss. Del mismo autor, Proprietà. Diritto vigente", cit. pags. 134 y ss. Idem. "Commentario della Costituzione", antes cit. pags. 111 y ss. BARCELLONA, PIETRO. "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato", cit. pag. 176. RESCIGNO, PIETRO. Voz "Proprietà", cit. pag. 276. HERNANDEZ GIL, ANTONIO. "La propiedad privada y su función social en la Constitución", cit. pag. 21. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pags. 170 y ss. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", cit. pags. 59 y ss. ROMERO GOMEZ, FEDERICO. "El respeto del contenido esencial de la propiedad urbana en el nuevo régimen urbanístico: criterios para el control jurisdiccional de la técnica del aprovechamiento tipo", cit. pag. 306.

concesión, donde la tutela jurídica del interés privado se otorga únicamente como medio para la realización del interés público, que es lo que verdaderamente se pretende salvaguardar, en la propiedad privada la protección jurídica del interés particular del titular dominical se concede *per se* en cuanto a tal y no como medio o condición necesaria para lograr la consecución de un objetivo fundamental distinto e indentificado con la realización de un interés ajeno y no propio.

Empero, ello no quiere decir que el interés privado del propietario sea tutelado incondicionalmente en todo caso o situación que se presente, ya que el vigente ordenamiento constitucional se plantea como uno de sus retos fundamentales colocar a la propiedad privada en un punto de delicado equilibrio entre el interés individual y social, y en congruencia con ello no está dispuesto a consentir conductas egoístas que hagan de la realización del primero un obstáculo insalvable a la consecución de este último. En definitiva, la garantía jurídica del interés privado no puede impedir la tutela del interés social.

Pero, detengámonos en que nos estamos refiriendo al equilibrio entre interés privado-social y, por lo tanto, la cuestión ha de ser también planteada en sentido inverso: la protección jurídica del interés social no puede constituirse en un impedimento infranqueable a la tutela que merece el interés personal del titular dominical.

Si se concediese un tan amplio amparo al interés de la colectividad social, la esencia dominical quedaría totalmente desvirtuada, ya que el objeto principal de protección jurídica lo sería el interés ajeno, mientras que el interés propio constituiría únicamente un medio cuya tutela se concedería para asegurar la satisfacción de aquél. En estos casos sería realmente difícil hallar algún dato o señal de identidad personal que individualizase a la propiedad frente a otras figuras en las que el objetivo primordial de la protección jurídica es el interés público,

general, social, etc.

En suma, bajo la propiedad privada el ordenamiento jurídico otorga protección al interés privado del titular dominical *per se* en cuanto a tal y no en tanto que medio o vehículo necesario para la efectiva consecución de otro tipo de intereses, llámense generales, sociales, públicos, etc. Cosa distinta es que, para evitar que se repitan las negativas consecuencias propias del individualismo a ultranza, esa protección pueda también extenderse al interés social de la colectividad, pero esta tutela se concede como útil medio para impedir que el interés privado del propietario se satisfaga en una manera radicalmente incompatible con los fines inherentes al Estado Social consagrado por la Constitución española de 1978.

Indudablemente, la teoría de la jurisprudencia de intereses conduce a una determinación del contenido esencial dominical en un sentido genérico y abstracto, a modo de mínimo común denominador presente en todas y cada una de las específicas titularidades subjetivas dominicales. A nadie se le oculta que tanto la propiedad rústica como la urbana representan en su esencia un poder que el ordenamiento jurídico reconoce a la persona de su titular para la satisfacción primordial de su interés privado que se protege en cuanto a tal, sin ser conceptuado como medio o instrumento exclusivo para la realización de finalidades sociales o públicas.

Ahora bien, el problema es determinar en cada supuesto específico cuando se considera real, concreta y efectivamente protegido el interés individual del propietario. Para especificar esta genérica esencia dominical, el Tribunal Constitucional recurre a aquella parte del contenido del derecho o aquellas particulares facultades cuya supresión o eliminación convertiría en prácticamente imposible la articulación de la tutela jurídica debida al interés

personal del titular dominical en un caso concreto.<sup>104</sup>

Obviamente, la especificación de la genérica esencia dominical radica en que la efectiva realización del interés jurídicamente protegido depende de distintas facultades, según el tipo subjetivo dominical de que se trate.

Por ejemplo, para la propiedad agraria la presencia de la facultad de cultivar va íntimamente unida a la efectiva protección del interés individual del dueño. Si se suprime o se limita en exceso esta facultad, difícilmente el propietario agrario podrá ver realizado y protegido su interés personal. Sin embargo, si a esta misma persona se le priva totalmente de la facultad de edificar, en principio<sup>105</sup> no habrá óbice alguno para admitir que la satisfacción y protección jurídica de su interés individual queda completamente a salvo.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> STC. 11/1981 de 8 de Abril (Fto. Jco. 8º), 13/1984 de 3 de Febrero (Fto. Jco. 3º), 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º), 196/1987 de 11 de Diciembre (Fto. Jco. 5º), 89/1994 de 17 de Marzo (Fto. Jco. 4º).

<sup>105</sup> Decimos "en principio", porque excepción a esta regla general pueden serlo aquellos casos en que el propietario agrario necesita levantar edificaciones y construcciones con el fin de dotarse de una infraestructura básica necesaria para el desarrollo de la actividad de explotación agraria que pretende llevar a cabo. En suelo rústico o no urbanizable este tipo de construcciones es permitido por el Art. 16.3.1ª de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana en su Texto Refundido de 1992, aprobado por Real Decreto Legislativo de 26 de Junio de 1992 (BOE. 30 de Junio de 1992, núm 156).

<sup>106</sup> En este punto nos estamos refiriendo, en concreto, al caso de la propiedad agraria, al que nosotros no creemos necesariamente identificable en todos los supuestos con la propiedad del suelo rústico y mucho menos con la del no urbanizable. Propiedad agraria es aquella cuyo destino principal y esencial es la explotación agrícola, cinegética o ganadera, de modo que privando a su titular de estas posibilidades de actuación difícilmente podría ver realizado su interés privado de otra manera distinta. Por el contrario, aunque la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (Art. 15) identifique el destino de la propiedad del suelo rústico o no urbanizable con la obtención de aprovechamientos agrícolas y ganaderos, es posible que en alguna hipótesis el verdadero interés del propietario no sea dedicar el terreno que le pertenece a una explotación de este tipo. Sería el caso de aquella persona que ha comprado una parcela de terreno ubicada en un paraje rural con la intención de construir en ella la vivienda para sí y su familia. Evidentemente en este supuesto, la plena realización del interés del propietario no depende de la facultad de cultivar, sino de la posibilidad de edificar. Que duda cabe que si a esta persona se la obligase a destinar el terreno adquirido al establecimiento de una explotación agrícola que no desea, su auténtico interés personal no se vería ni protegido ni realizado.

El caso de la propiedad urbana es totalmente distinto; la facultad de cultivar tiene poco que ver con la satisfacción del interés privado del titular dominical que, por el contrario, se verá totalmente afectado para el caso en que se prive a éste de la facultad de edificar o también denominada *ius aedificandi*.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se conforma sólo con identificar la esencia dominical con aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que el interés privado resulte efectivamente protegido, sino que, realizando un esfuerzo de precisión, va incluso más allá declarando literalmente que *"se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección"*.<sup>107</sup>

De las palabras del Alto Tribunal parece deducirse que, si la limitación dominical va tan lejos que los particulares no puedan de ninguna manera lograr la realización de los intereses jurídicamente protegidos por el Derecho, sin lugar a dudas se habrá vulnerado el contenido esencial de la propiedad privada, incurriendo, por lo tanto, en inconstitucionalidad.

Por consiguiente, la garantía de la esencia dominical no se agota sólo en la eficaz protección del interés individual y personal del propietario, sino que también comprende la tutela de su efectiva de su realización. La exigencia constitucional del respeto al contenido esencial garantiza la posibilidad de que la propiedad privada pueda ser conceptuada, en la realidad, como un poder que el ordenamiento jurídico reconoce a una persona sobre determinadas cosas para la satisfacción primordial de su interés personal e individual.

---

<sup>107</sup> SSTC 11/1981 de 8 de Abril (Fto. Jco. 8º), 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º) y 196/1987 de 11 de Diciembre (Fto. Jco. 5º).

Siempre tiene que restar para el propietario algún tipo de utilidad individual, que normalmente se suele traducir a términos de rentabilidad económica. Como recalca SANDULLI, "la propiedad de un bien comporta la pertenencia del mismo a un sujeto a fin de utilización. Y dicha esencial finalidad implica necesariamente que el derecho permanecerá vacío toda vez que la pertenencia viniese regulada en un modo de dejarla privada de cualquier utilidad, y entonces, de cualquier valor para su titular. No es concebible que respecto una cosa que es mía me sea negada la posibilidad de emplearla de un modo útil. En tal caso, la mía no sería propiedad sino que devendría incluso un peso, una carga, siendo yo constreñido a responder por una cosa que no puede tener para mí algún interés".<sup>108</sup>

A la función social le compete la labor de señalar las directrices generales que orientan al propietario en la utilización del poder que se le confiere como consecuencia de su titularidad, pero en ningún caso las exigencias derivadas de este principio constitucional podrán justificar la imposición de limitaciones tan amplias que conviertan a la propiedad privada en un poder única y exclusivamente dirigible a la consecución de intereses ajenos y no propios. Si así fuera, el dominio dejaría de ser un derecho subjetivo para transformarse en una potestad o función y el propietario se convertiría en un mero funcionario gestor de intereses ajenos.

La propiedad privada se caracteriza porque en ella el "deber" representa el aspecto complementario del "poder" y es una consecuencia derivada del derecho que se posee: se debe porque se puede. Pero esta ecuación no ha de ser invertida en sus términos. Siempre que nos hallemos ante una figura jurídica en la que podamos afirmar que se puede porque se debe, que las facultades que se reconocen al titular son consecuencia de las obligaciones que

---

<sup>108</sup> Vid. SANDULLI, ALDO. M. "Profili costituzionali della proprietà privata", antes cit. pag. 353. En términos similares, COMPORTI, MARCO. "Trattato di Diritto Civile e Commerciale", Vol VIII, Tomo I, antes cit. pags. 161 y 162.

se le imponen, no estaremos en condiciones de calificar a esa figura como un derecho subjetivo perteneciente al tipo dominical.

### 3.B.c) LAS TEORIAS DE LA RECONOSCIBILIDAD Y JURISPRUDENCIA DE INTERESES COMO TECNICAS COMPLEMENTARIAS EN LA DETERMINACION DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA.

Aludiendo a la teoría de la reconocibilidad y de la jurisprudencia de intereses, el Tribunal Constitucional reconoce expresamente en la STC 11/1981 de 8 de Abril (Fto. Jco. 8º) que *"los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por "contenido esencial" de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados [...]"*.<sup>109</sup>

Es más, nosotros consideramos que los dos caminos referidos no sólo pueden, sino que deben ser utilizados conjuntamente si se quiere llegar a un resultado adecuado en la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho de propiedad.

A título ejemplificativo podemos citar una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1994 de 17 de Marzo, relativa a la prórroga forzosa en materia de

---

<sup>109</sup> Resulta curioso comprobar como en otras resoluciones posteriores que remiten expresamente a la STC 11/1981 no se contiene esta referencia explícita a la relación de complementariedad existente entre la teoría de la reconocibilidad y la teoría de la jurisprudencia de intereses. Así, por ejemplo en la STC 37/1987 (Fto. Jco. 2º) se alude de manera indirecta a que no se trata de ángulos metodológicos ni contradictorios, ni incompatibles. Sin embargo, en STC 89/1994 (Fto. Jco. 4º) incluso esa minúscula referencia ha sido suprimida completamente.

arrendamientos urbanos<sup>110</sup> que continua vigente para los contratos celebrados antes del RDL 2/1985 y que se concertaron al amparo de la normativa contenida en el ya derogado Texto Refundido de la LAU 4104/1964 de 24 de Diciembre. Pues bien, en esta resolución el Alto Tribunal considera que el mecanismo de la prórroga forzosa (Art. 57 LAU 1964) y la imposibilidad de actualizar las rentas (Arts. 95 y ss, 100 1 y 2 LAU 1964)<sup>111</sup> para los contratos de arrendamientos celebrados con anterioridad a 1985 (fecha en la que entra en vigor el famoso Decreto de Medidas de Política Económica o también denominado "Decreto Boyer") no constituye una vulneración del contenido esencial del derecho de propiedad privada del que es titular el arrendador, porque las limitaciones contenidas en los preceptos citados no lo hacen desaparecer ni constituyen un ataque a los rasgos esencialmente identificativos de su fisonomía que lo hagan irreconocible a los ojos de la comunidad jurídica y social.<sup>112</sup>

El Tribunal Constitucional parece olvidar sus propias palabras pronunciadas en la STC

---

<sup>110</sup> Para un más amplio estudio sobre esta resolución Vid. BELLO JANEIRO, DOMINGO. "La función social de la propiedad y la Ley de Arrendamientos Urbanos. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Marzo de 1994", en Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, Volume III, nº1, 1994, pags. 229 y ss. COLINA GAREA, RAFAEL. "Comentario a la STC 89/1994 de 17 de Marzo", en CCJC., núm. 35, Abril-Agosto 1994, pags. 737 y ss.

<sup>111</sup> En la actual LAU 29/1994 de 24 de Noviembre (BOE 25 de Noviembre, núm. 282) las disposiciones relativas a la duración del contrato, prórroga y actualización de rentas se contienen en los Arts. 9, 10 y 18, respectivamente.

<sup>112</sup> Es conveniente la lectura del Fto. Jco. 5º de la STC 89/1994 de 17 de Marzo de la que ahora nos ocupamos. En un extremo del mismo literalmente se afirma que *"Pero ello no significa que la prórroga forzosa convierta en inexistente o puramente nominal, el derecho de propiedad del arrendador. Supone, ciertamente, una restricción o limitación de este derecho, en cuanto que dificulta que la merced arrendaticia se adecúe con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamientos. Pero esta dificultad, y consiguiente limitación, no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible. Esta limitación derivada de la prórroga forzosa, queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el art. 33 de la Constitución"*.



11/1981 cuando afirmaba que la teoría de la reconocibilidad y de la jurisprudencia de intereses eran dos vías no alternativas, sino complementarias. A nuestro juicio, en la Sentencia 89/1994 el Alto Tribunal ha elegido únicamente la vía de la reconocibilidad, ignorando de este modo (aunque se mencione someramente) que también se rebasa el contenido esencial del derecho de propiedad cuando éste quede sometido a limitaciones que lo hagan impracticable, dificulten su ejercicio más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección, de modo tal que el interés jurídicamente protegible no resulte real, concreta y efectivamente protegido.

Efectivamente, se podrá razonar que las limitaciones inherentes al mecanismo de la prórroga forzosa no conculcan el contenido esencial, porque no afectan a la reconocibilidad del derecho de propiedad privada del arrendador, quien en todo caso sigue teniendo la facultad de disposición, pudiendo vender el inmueble arrendado. En definitiva, nadie duda de que el derecho subjetivo del arrendador sigue siendo incardinable en el tipo dominical abstracto por conservar aquellos rasgos que reflejan su identidad.

A este razonamiento se podría objetar que la facultad de disposición no es esencialmente identificativa de la fisonomía dominical, porque también la poseen otros derechos reales. Es decir, la facultad de disposición es esencial para cada derecho de propiedad, pues sólo virtualmente puede faltar, pero sin embargo no resulta caracterizadora de su fisonomía frente a los restantes derechos reales que también la poseen.

Además, en este punto específico al que se refiere el Tribunal Constitucional existe una notable distancia entre lo que acontece en plano teórico y el práctico. Teóricamente el propietario arrendador sigue teniendo la facultad de disponer, incluso en sentido virtual, pero en la práctica las posibilidades de ver satisfecho su interés privado mediante el ejercicio de

la citada facultad se reducen casi a la nada. Existen pocas probabilidades de que se pueda enajenar con relativa facilidad un inmueble que lleve aparejado un contrato de arrendamiento anterior al año 1985. En estos casos, la posibilidad de finalizar el contrato es muy reducida, ya que el arrendatario tiende a permanecer en el inmueble arrendado, por la gran ventaja económica que supone la satisfacción de una renta minúscula. En consecuencia, difícilmente alguien se verá interesado en adquirir algo que no le va reportar ningún beneficio, sino solamente cargas económicas. Basta recordar que, en múltiples ocasiones, los gastos de conservación y mantenimiento que tiene que realizar el arrendador son de una cuantía mucho mayor que el monto que ingresa en concepto de renta.

La reconocibilidad del derecho de propiedad queda a salvo partiendo del dato de la presencia de aquellas facultades identificativas de su imagen. Sin embargo, se produce una limitación que vacía de contenido esas facultades, de tal manera que ni su presencia ni su ejercicio resultan ya válidos para garantizar que el interés privado del propietario pueda verse efectivamente protegido y realizado en la práctica. En suma, aunque desde la teoría de la reconocibilidad parezca que no se viola la esencia dominical, desde la perspectiva de la jurisprudencia de intereses las dudas al respecto son más que evidentes.

Con este ejemplo pretendemos poner de manifiesto que la determinación del contenido esencial del derecho de propiedad conviene efectuarla mediante la utilización conjunta de las teorías de la reconocibilidad y de la jurisprudencia de intereses. En este caso, más vale pecar de exceso que de defecto, ya que el uso de ambas técnicas de determinación dota de una mayor certidumbre y seguridad al resultado obtenido, evitando las eventuales imprecisiones que podrían producirse si se operase tal determinación únicamente con base a una sola de las técnicas que propone el Tribunal Constitucional.

### **3 C. LA FUNCIONALIDAD ATRIBUIBLE AL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA: SU CONCEPCION COMO LIMITE DE LOS LIMITES.**

La tesis hasta ahora mantenida y los ejemplos propuestos en sede de aproximación a la delimitación de la esencia dominical, constituyen útiles elementos que nos facilitan enormemente la tarea de averiguar la funcionalidad atribuible a esta garantía constitucional.

En la actualidad, la concepción de la propiedad privada como un derecho sólo excepcionalmente limitable se encuentra totalmente superada, ya que bajo los presupuestos del Estado Social la posibilidad de limitar el ejercicio de las facultades dominicales se considera como algo normal.

Efectivamente, como es sobradamente conocido, en virtud del Art. 33.2 CE el legislador ordinario se halla legitimado para delimitar el contenido dominical por obra de la función social.

Ahora bien, ello no significa que esta posibilidad de limitar sea, a su vez, ilimitada.<sup>113</sup> El contenido esencial constitucionalmente garantizado en el Art. 53.1 CE impide que la ley se pueda escudar en el principio constitucional de la función social para encubrir una limitación que reduzca a la nada o convierta en impracticable el derecho de propiedad. Las exigencias sociales nunca podrán llegar a ser interpretadas en modo tal que habiliten limitaciones legislativas de este calibre. Permitir, en base a una valoración radical de los intereses sociales, un tan amplio margen de actuación a la actividad normativa limitativa sería tanto como anular completamente la garantía que representa la cláusula del

---

<sup>113</sup> Analogamente. BON, PIERRE. "La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de Derecho comparado europeo", antes cit. pag. 69.

contenido esencial.

Consiguientemente, la garantía del contenido esencial deja entrever el recelo del constituyente de 1978 hacia una perversión en la interpretación del texto constitucional que haga de la reserva de ley contemplada en el Art. 33.2 una fuente de inagotables limitaciones arbitrarias a la propiedad privada.<sup>114</sup>

Parece, pues, que la función que en nuestro ordenamiento cumple este tipo de garantía constitucional es la de impedir que el ejercicio abusivo de la potestad delimitadora reconocida al legislador ordinario en el Art. 33.2 CE pueda dar lugar a la imposición de restricciones o limitaciones excesivamente incisivas que terminen por convertir a la propiedad privada en un derecho vacío de contenido sustantivo y carente de posibilidades efectivas de ejercicio real.<sup>115</sup>

Se asegura así la intangibilidad de este derecho frente a las intervenciones legislativas que, por excesivas, lo pudiesen reducir a una suerte de proclamación teórica, de entelequia jurídica desprovista de todo contenido sustantivo.<sup>116</sup> De este modo, el contenido esencial se muestra en nuestra Constitución no como una garantía estrictamente formal o virtual, sino como una auténtica garantía material que preserva a la propiedad privada de toda deformación sustancial que tenga su origen en un uso desmesurado de la potestad limitativa que

---

<sup>114</sup> En este entendimiento, pero aludiendo a la temática general del contenido esencial de los derechos fundamentales, PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", Parte I, antes cit. pag. 271.

<sup>115</sup> Así opinan, entre otros, BAÑO LEON, JOSE MARIA. "Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de condiciones de vida", antes cit. pag. 214. PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", antes cit. pag. 427. Del mismo autor, "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo III, Art. 33 CE, antes cit. pag. 417.

<sup>116</sup> Véanse, entre otras, las STC 26/1987 de 27 de Febrero (Fto. Jco. 4º) y 55/1989 de 23 de Febrero (Fto. Jco. 2º).

corresponde al legislador.

En suma, el legislador ordinario, aparece totalmente vinculado por el respeto a la esencia dominical, lo que supone que no podrá prolongar el desarrollo de su labor limitativa más allá del linde que aquélla representa, si no quiere incurrir en manifiesta inconstitucionalidad.<sup>117</sup>

Consecuentemente, el contenido esencial del derecho de propiedad actúa como una barrera que no puede ser sobrepasada por la actividad legislativa de carácter limitativo.<sup>118</sup> En congruencia con ello, la doctrina alemana ha calificado y denominado a esta garantía constitucional como un límite de los límites (SCHRANKEN-SCHRANKEN).<sup>119</sup> El contenido esencial limita la posibilidad de limitar, transformándose así en el límite de la

---

<sup>117</sup> En la misma línea CRUZ VILLALON, PEDRO. "El legislador de los derechos fundamentales", en AA.VV. "La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia, Italia", Ed. Cívitas, Madrid 1991, pag. 127.

<sup>118</sup> Como acertadamente ha subrayado IGNACIO DE OTTO, "el contenido esencial señala un terreno que el legislador en su actividad limitadora no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad." Vid. DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el Artículo 53.1 de la Constitución", cit. pag. 126.

<sup>119</sup> Admiten la concepción del contenido esencial como un límite de los límites, entre otros, STEIN EKKEHART. "Derecho Político", antes cit. pags. 247 y 248. STERN, KLAUS. "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", cit. pag. 272. OTTO Y PARDO, IGNACIO. "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el Artículo 53.1 de la Constitución", antes cit. pag. 123. CRUZ VILLALON, PEDRO. "El legislador de los derechos fundamentales", antes cit. pag. 129. PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", Parte I, antes cit. pags. 256 y ss. BAÑO LEON, JOSE MARIA. "Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de condiciones de vida", antes cit. pag. 218. BON, PIERRE. "La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de Derecho comparado europeo", cit. pags. 69 y 70. AGUIAR DE LUQUE, LUIS. "Los límites de los derechos fundamentales", antes cit. pags. 25 y 26. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", cit. pag. 138. MONTES PENADES, VICENTE. "Derecho Civil". Parte General, antes cit. pag. 63. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pags. 234 y ss. Interesa destacar que la idea es igualmente recibida en el Fto. Jco 4º de la STC 89/1994 de 17 de Marzo.

actividad limitadora de la ley. En otras palabras, mediante la recepción constitucional de la cláusula alemana de la WESENSGEHALTGARANTIE se limita la potestad constitucionalmente reconocida al legislador de limitar el contenido del derecho de propiedad por razón de la función social que ha de cumplir en su ejercicio.<sup>120</sup>

Para que el contenido esencial pueda comportarse efectivamente como el límite de los límites es necesario que éste se muestre en realidad como una esfera totalmente irreductible para el legislador ordinario. Dicho objetivo sólo puede cumplirse cuando en torno a la esencia dominical se levanten unas sólidas barreras que sean inexpugnables e imposibles de sobrepasar para la acción limitativa. En suma, sólo cuando el contenido esencial pueda mostrarse como un núcleo duro o un KERN o WESENKER absolutamente resistente a toda agresión que pueda originarse en vía legislativa,<sup>121</sup> podrá reconocerse su capacidad para funcionar en realidad como un límite de los límites.

La determinación sustantiva de aquello que comprende la esencia dominical es una

---

<sup>120</sup> El Art. 53.1 CE vuelve a ser un síntoma inequívoco de que la disciplina constitucional de la propiedad privada se asienta sobre un delicado equilibrio entre interés social e individual. La ponderación de estos dos intereses se aprecia especialmente en el precepto ahora aludido, porque en una misma norma constitucional se da cabida a las exigencias derivadas de uno y de otro. Así, en un primer momento se reconoce que el legislador ordinario se encuentra legitimado para regular el ejercicio de los derechos comprendidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, en donde también se ubica el reconocimiento de la propiedad privada. Sin embargo, inmediatamente después y a renglón seguido se establece, como condición de legitimidad constitucional de las leyes reguladoras de los derechos allí referidos, que el legislador respete su contenido esencial. Por lo tanto, en un mismo precepto se recogen las posibilidades de actuación que son inherentes a la titularidad de los derechos a los que se hace referencia y los límites a esas posibilidades de actuación que aparecen representados por la atribución al legislador ordinario de la potestad reguladora del ejercicio de los mismos. Pero es más, también se contiene una limitación a la potestad limitadora que puede entrañar la regulación del ejercicio de un derecho: la garantía constitucional del contenido esencial que ha de ser respetada por el legislador. Esta ponderación de intereses que se produce en el seno de una misma norma constitucional es calificada por CRUZ VILLALON, PEDRO ("El legislador de los derechos fundamentales", antes cit. pag. 129) como una peculiaridad del ordenamiento español.

<sup>121</sup> DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", antes cit. pag. 131.

operación que ha de realizarse desde y de conformidad con la Constitución, pero que depende de la imagen del derecho que en un determinado momento rija en la conciencia jurídica y social, así como del interés jurídicamente protegible bajo el mismo. En consecuencia, el contenido esencial es algo que ya se encuentra formado y definido en un momento previo al desenvolvimiento de la acción normativa y con el que se encuentra frente a sí el legislador, debiéndolo respetar cuando éste lleve a cabo su labor delimitadora del contenido normal de la propiedad privada.

La ley no establece ni configura en sus aspectos sustanciales la esencia dominical, porque en otro caso no se entendería como habría de respetarla.<sup>122</sup> No tendría ninguna utilidad poner como freno a la acción del legislador una barrera por él mismo construída, porque, al quedar supeditada la configuración de la misma a su discrecionalidad ese impedimento sería endeble y carecería de una mínima capacidad para resistir los embates legislativos.<sup>123</sup> El contenido esencial no podría ser considerado como un límite de los límites, pues en realidad se vería inhabilitado para actuar como un eficaz freno o impedimento frente a las limitaciones excesivamente incisivas, debido a que, por muy inexpugnables que en apariencia fuesen sus muros de contención, éstos no revistirían la mínima resistencia a la acción legislativa, la cual gozaría siempre de un salvoconducto que le mantendría constantemente abierta la puerta hacia el interior de la sustancia dominical.

---

<sup>122</sup> BASSOLS COMA, MARTIN. "Legislación urbanística de las Comunidades Autónomas y derecho de propiedad", en RDU, núm. 110, pags. 36 y ss. ARAGON REYES, MANUEL. "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de propiedad privada. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Andaluza de Reforma Agraria", antes cit. pag. 205. GONZALEZ PEREZ, JESUS. "Comentarios a la Ley del Suelo. Texto Refundido de 1992", cit., pag. 116.

<sup>123</sup> En un sentido similar, PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo III, Art. 33, antes cit. pag. 417. Del mismo autor, "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", antes cit. pag. 427.

Ahora bien, la afirmación de que el legislador carece de habilitación constitucional para definir y establecer el contenido esencial de la propiedad privada, la influencia de la denominada teoría absoluta alemana<sup>124</sup> y la conceptualización del WESENSGEHALT como un núcleo duro irreductible o límite de los límites, no quiere significar que la esencia dominical sea un ámbito que se sitúe totalmente fuera del alcance de la potestad normativa.

Siguiendo a HÄBERLE hemos de reconocer que, frecuentemente en la práctica, las leyes conciernen, inciden y hacen referencia al contenido esencial de la propiedad privada.<sup>125</sup> Concebir a la esencia dominical como una esfera en la que no quepa el ejercicio de la potestad normativa, sería tanto como deslindar el contenido de la propiedad en dos claros círculos concéntricos que nunca llegarían a tocarse. En el exterior un círculo regulado normativamente en el que tendrían cabida facultades, posibilidades de actuación y donde también se residenciarían los límites, deberes y obligaciones que se derivan del cumplimiento de la función social. Mientras, en el interior, un segundo círculo de dimensiones más reducidas exento de trato normativo que estaría formado por las piezas básicas y esenciales

---

<sup>124</sup> La doctrina alemana ha distinguido entre una concepción absoluta y relativa del contenido esencial. La teoría relativa considera que el contenido esencial de la propiedad privada se reduce a una suerte de interdicción de arbitrariedad en las limitaciones legislativas y, por este motivo, esta garantía podría ceder ante la presencia de determinados intereses que, merecedores de tutela jurídica, legitimen la intervención. Mientras, la teoría absoluta considera el contenido esencial como un núcleo duro totalmente resistente a la acción del legislador que en ningún caso puede ceder ni ser sobrepasado. Para un estudio más amplio de la diferencia entre estas dos teorías, Vid. STEIN, EKKEHART. "Derecho Político", antes cit. pag. 247. DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", cit. pags. 128 y ss. CARRASCO PERERA, ANGEL. "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", antes cit. pag. 82. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", cit. pags. 237 y 239, especialmente nota 71.

<sup>125</sup> Siempre en un sentido general para el estudio de las garantías de los derechos fundamentales, HÄBERLE, PETER. "El legislador de los derechos fundamentales", en AA.VV. "La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia", Ed. Cívitas, Madrid 1991, pag. 122. Más en concreto y para la propiedad privada, IANNELLI, ANTONIO. "La proprietà costituzionale", antes cit. pag. 44.



del derecho.

Junto a esta primera objeción hay que señalar también que el contenido esencial no es un espacio extrajurídico que no precisa de regulación de ejercicio o que la prohíbe.<sup>126</sup> No se trata de que la ley pueda regular una parte del contenido del derecho de propiedad y otra no. Por el contrario, todo el microcosmos del contenido dominical puede ser objeto de disciplina normativa. Ahora bien, el uso de esa potestad normativa no permite al legislador dictar disposiciones que alberguen modificaciones o deformaciones sustantivas de la esencia dominical. La ley no está habilitada ni para establecer, ni para definir *ex novo* el contenido esencial de la propiedad privada, pero tampoco puede introducir *a posteriori* modificaciones tales que avoquen al mismo resultado que si se le permitiese configurar inicialmente la esencia dominical.

Lo que pretendemos poner de relieve resulta más fácil de atisbar si del contenido esencial de la propiedad privada en abstracto descendemos al estudio de las facultades individualizadas en base a las cuales se especifica la esencia dominical para las diferentes titularidades subjetivas.

En este contexto podemos observar como en frecuentes ocasiones el legislador delimita, restringe, moldea y conforma el ejercicio de las facultades en base a las cuales se identifica la esencia de un concreto tipo subjetivo dominical, dependiendo de la categoría de bienes de que se trate.<sup>127</sup> Empero, esta actividad conformadora o limitativa no puede ser desarrollada

---

<sup>126</sup> Nos manifestamos de nuevo de conformidad con HÄBERLE, PETER. "El legislador de los derechos fundamentales", antes cit. pag. 122.

<sup>127</sup> Así, a título ejemplificativo el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana contiene una gran cantidad de preceptos en los que la facultad de edificar resulta directamente afectada. Véanse, entre otros, los Arts. 2, 5, 6, 8, 21, 23, etc. Ejemplos de este estilo puede ser igualmente hallados en el marco del Derecho Agrario, donde las diferentes Leyes imponen

en cualquier modo, ni con cualquier alcance. La exigencia constitucional de respeto al contenido esencial restringe la movilidad del legislador en este ámbito, porque si bien éste se halla legitimado para limitar o moldear las facultades inequívocamente identificativas de la esencia dominical, esta habilitación no le permite disponer de su existencia. Se trata de posibilidades de actuación que constituyen los pilares fundamentales o la apoyatura principal sobre la que descansa el contenido esencial de la propiedad privada, de modo que si se derribasen esos pilares, sería la misma esencia dominical lo que resultaría derribado.

El problema radica en aquellos casos en los que bajo una aparente operación normativa de configuración o conformación de las facultades identificativas de la esencia dominical se esconda la imposición de una incisiva limitación que convierta a su ejercicio en impracticable o lo dificulte más allá de lo razonable. Aparentemente, no se habrá afectado al contenido esencial de la propiedad privada, porque no se han suprimido de raíz las facultades que le sirven de fundamental apoyo, pero en realidad se habrá producido el mismo efecto que si hubieran sido detraídas, debido a que se las ha sometido a una limitación de tal alcance que imposibilita su ejercicio. Tener atribuída teóricamente una facultad imposible de llevar acabo en la práctica es tanto como no tener reconocido nada.

Por este motivo, la imposición de este tipo de limitaciones podrían constituir una vulneración del contenido esencial de la propiedad privada, ya que sería un caso de disponibilidad encubierta de la existencia de las facultades inequívocamente identificativas de la misma. Siguiendo con la gráfica línea ejemplificativa antes iniciada, el legislador puede

---

límites al ejercicio de la facultad de cultivar, exigiendo que ésta se lleve a efecto o fijando unos criterios objetivos mínimos de aprovechamiento de la tierra y sus recursos etc. En este sentido pueden ser consultadas la Ley 34/79 de 16 de Noviembre de 1979 de Fincas Manifiestamente Mejorables (BOE. 22 y 23 de Noviembre, núms. 280 y 281) en sus Arts. 1 y 2. En el ámbito autonómico la Ley 8/84 del Parlamento Andaluz de Reforma Agraria de 3 de Julio de 1984 (BO. Junta de Anadalucía de 6 de Julio de 1984, núm. 65) en sus Arts. 1 a 3.

esculpir los contornos de las facultades que representan los pilares fundamentales en los que encuentra apoyatura la esencia de un específico derecho subjetivo dominical. Lo que no se permite es que, con el pretexto de dotar a estos pilares de un determinado aspecto o conformación, se reduzca su consistencia, haciéndolos frágiles y endeble, de tal modo que se verían incapacitados para desempeñar el cometido en orden al cual fueron creados: soportar el peso del contenido esencial del derecho de propiedad.

En suma, la concepción de la esencia dominical como un núcleo duro o irreductible no lleva necesariamente a identificarlo con una esfera extrajurídica que se ubica fuera del alcance de la potestad normativa. Por el contrario, tal conceptualización significa que el legislador, aunque pueda afectar normativamente a esta esfera no se halla habilitado para definirla y disponer de su existencia, ni de una manera inmediata, ni tampoco de una forma mediata. El contenido esencial se identificaría, de este modo, con un núcleo de indisponibilidad, cuya finalidad ha de ser evitar que la ley venga a socavar la sustancia básica del derecho de propiedad.

No se trata de diferenciar en el contenido del derecho de propiedad un ámbito sujeto a regulación normativa de otro que no lo está, sino de señalar un punto hasta el cual puede alcanzar la potestad normativa cuando ésta se reconduce a modo de imposición de límites al ejercicio de las facultades dominicales. La totalidad del derecho de propiedad privada, tanto en su contenido normal como esencial, puede ser objeto de regulación normativa, sin embargo, desde la perspectiva constitucional, lo que ya no resulta tolerable es un uso abusivo de dicha potestad reguladora que encubra la disponibilidad directa o indirecta de la sustancia y esencia dominical.

Por consiguiente, en última instancia la exigencia constitucional de respeto al contenido

esencial supone distinguir las limitaciones normales y razonables de las excesivas y desmesuradas que desnaturalicen el derecho. Así, siguiendo a HERBERT KRÜGER podemos concluir que "el contenido esencial representa un límite por debajo del cual carece de significación el derecho de propiedad privada".<sup>128</sup>

En consecuencia, la funcionalidad que atribuimos a la garantía del contenido esencial parece compatible con la consideración de la función social como un elemento integrante de la esencia dominical.<sup>129</sup>

Esta manera de pensar no constituye ningún obstáculo a la concepción del contenido esencial como una barrera frente a las intervenciones legislativas motivadas por la función social.<sup>130</sup> La efectiva realización de las exigencias sociales legitima a la ley para moldear

---

<sup>128</sup> Son palabras acuñadas en general para los derechos fundamentales por HERBERT KRÜGER y posteriormente recogidas por STEIN, EKKEHART. "Derecho Político", antes cit. pag. 249. En la misma línea y ya en nuestra doctrina, BAÑO LEON, JOSE MARIA. "Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de condiciones de vida", antes cit. pag. 215. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 140.

<sup>129</sup> Así se expresan, entre otros, GARCIA MACHO, RICARDO. "Reserva de ley y potestad reglamentaria", antes cit. pag. 154. ALVAREZ CONDE. "Curso de Derecho Constitucional", Vol. I, antes cit. pag. 390. MARTIN BLANCO, JOSE S. "Estudios sobre la Ley 8/1990 de Reforma del Régimen Urbanístico", antes cit. pag. 62. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pags. 171 y 306, entre otras. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 143. Del mismo autor, "Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral", antes cit. pag. 248. En este mismo sentido parece también manifestarse el Tribunal Constitucional cuando en STC 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º) señala que *"la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo"* [...] *"utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes"*. Estas palabras se reproducen automáticamente en la STC 89/1994 de 17 de Marzo en su Fto. Jco. 4º.

<sup>130</sup> En sentido contrario, se suele señalar que si el contenido esencial no actuase como una barrera a las limitaciones legislativas por razón del interés social, sino como el ámbito en que éstas se residenciasen, no cabe duda de que la función social se constituiría en un título que pondría en manos del legislador la determinación de la esencia dominical en cada caso concreto y para cada categoría

la esencia dominical, pero no para definirla o disponer de ella encubiertamente. El constituyente de 1978 es quien ha definido el contenido esencial de la propiedad privada como la inescindible unión entre interés individual y social. En este ámbito ambos se interrelacionan en una mutua limitación no pudiendo prevalecer absolutamente ninguno de ellos sobre el otro.

Si esto es así, cuando el legislador haya utilizado abusivamente la potestad delimitadora encomendada, dotando a la función social de una total e incondicionada prevalencia que impida la efectiva realización y necesaria protección jurídica del interés privado del titular, entonces se habrá sobrepasado con creces el ámbito que la Constitución identifica con la esencia de la propiedad privada. La función social tiene cabida en el interior de la esencia dominical en su normal forma de actuar constitucionalmente prevista, a modo de corrector que compensa la consecución del interés individual. Sin embargo, un uso abusivo de la función social que no corrija, sino anule el interés individual, no tiene cabida en su interior, ni en la configuración jurídica constitucional de la misma.

Tod indica, pues, que las exigencias derivadas de la función social son parte del espíritu interno de la propiedad privada, ya que de lo contrario este derecho no habría experimentado cambios sustanciales con el advenimiento del Estado Social. Rechazar que la función social es parte integrante de la esencia dominical sería tanto como considerar a éste como un mero límite externo que en nada influiría en la estructura básica del derecho de propiedad y que, por este motivo, seguiría siendo identificable con los esquemas jurídicos propios del individualismo que la definían como una esfera de omnímoda libertad. Sin

---

de bienes, con lo cual la WESENSGEHALTGARANTIE se volatilizaría y haría, en todo caso, irrisoria, quedando la protección constitucional de la propiedad privada reducida única y exclusivamente a la reserva de ley y al procedimiento expropiatorio contemplado en el párrafo 3º del Art. 33 CE. En este entendimiento, DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica", antes cit. pags. 190 y 191.

embargo, y frente a ello, la función social parece ser un elemento constitutivo de la esencia dominical, así como un criterio de referencia necesario en las operaciones de fijación y determinación de la misma, porque al ligarse a nivel constitucional el ejercicio de la propiedad privada a las exigencias sociales, el contenido esencial de este derecho ha sufrido una profunda transformación no pudiendo ser identificado, como lo era en antaño, con una esfera de libertad plena o tendencialmente ilimitada, sino con un poder de disposición normalmente limitable por razón del interés social.

### **3 D. SOBRE EL CARACTER DECLARATIVO O CONSTITUTIVO DE LA GARANTIA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA. SU INDIVIDUALIZACION Y DIFERENCIACION DE LA GARANTIA INSTITUCIONAL.**

La garantía del contenido esencial es una aportación novedosa que la Constitución española de 1978 hace a nuestro Derecho,<sup>131</sup> con la firme intención de dotar de sólida protección jurídica a los derechos fundamentales como respuesta al reiterado abuso que se había hecho de las reservas legales durante una larga etapa de la historia del constitucionalismo moderno.

Sin embargo, frente a la evidencia práctica de estas afirmaciones y la aceptación unánime de la insoslayable importancia de este mecanismo de protección, no han faltado autores que le otorgan un carácter meramente declarativo y retórico, en el entendimiento de que no añadiría nada nuevo a lo que representan las restantes garantías constitucionales de

---

<sup>131</sup> Sobre el carácter novedoso de la cláusula del contenido esencial como garantía aplicada a la propiedad privada y a la empresa, Vid. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pag. 215. PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. "Comentarios a las Leyes Políticas", Vol III, Art. 33, antes cit. pag. 409. Idem. "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", cit. pags. 420 y 421.

los derechos fundamentales.<sup>132</sup>

Para los partidarios de estas posturas el contenido esencial constituiría un mero recordatorio dirigido al legislador ordinario, a efectos de que éste tenga presente en su actuación su deber de respeto a los derechos constitucionalmente reconocidos, y en especial a los comprendidos en el Capítulo II del Título I CE. Aplicando estas consideraciones generales a la materia objeto de estudio, parece, por lo tanto, mantenerse que la garantía del contenido esencial no añadiría ninguna protección a la que ya se deriva del mero reconocimiento constitucional de la propiedad privada.

Además, se añade que el contenido esencial tiene un carácter meramente declarativo por identificarse técnicamente con una garantía institucional, debido a que ambos mecanismos de protección persiguen la misma finalidad: actuar a favor de la seguridad jurídica, evitando un uso arbitrario y desproporcionado de la potestad legislativa.<sup>133</sup> Concretando estas ideas generales en materia dominical se podría concluir que la cuestión del respeto al contenido

---

<sup>132</sup> En este contexto, HÄBERLE estima que "la cláusula del contenido esencial no protege nada nuevo que no estuviera ya garantizado a partir de una visión global de los derechos fundamentales en el marco de la Constitución y de su propia microestructura. Se trata de tan sólo una referencia abreviada, de un indicador para llamar la atención, de una advertencia a efectos de una serie de principios vigentes como los de la interdicción de la desproporción, exceso o desmesura o la prohibición del absurdo." Vid. HÄBERLE, PETER. "El legislador de los derechos fundamentales", cit. pag. 123. Recogen la opinión del insigne autor alemán, o la reciben admiténdola, entre otros, PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", Parte I, cit. pag. 271. DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", cit. pag. 127. BAÑO LEON, JOSE MARIA. "Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de condiciones de vida", cit. pag. 216. PRIETO SANCHIS, LUIS. "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", antes cit. pags. 398 y 399. Del mismo autor, "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo VI, Art. 53, antes cit. pags. 469 y 470. REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", cit. pag. 306.

<sup>133</sup> Son consideraciones efectuadas por PETER HÄBERLE e importadas a la doctrina española por BAÑO LEON, JOSE MARIA. "Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de condiciones de vida", cit. pag. 216.

esencial se traslada así a la del respeto a la propiedad privada, en cuanto que institución constitucionalmente garantizada.

Por lo se refiere a la relación entre la garantía que representa el contenido esencial y la protección que deriva del valor normativo constitucional que la propiedad adquiere como consecuencia de su reconocimiento por nuestra Norma Fundamental, poco hay que decir, ya que, a nuestro parecer, las diferencias son más que evidentes.

El valor normativo constitucional representa el nivel más básico de las garantías constitucionales de la propiedad privada, mostrándose como una protección meramente formal de la que gozan todos los derechos constitucionales por el simple hecho de su reconocimiento a este nivel normativo.

Por el contrario, el contenido esencial representa una protección que abarca un radio de acción menor, pero una intensidad mayor que la que otorga el contenido normativo constitucional. Como es perfectamente conocido, la garantía del contenido esencial es eminentemente material y conlleva un reforzamiento de la protección no para todos los derechos constitucionalmente reconocidos, sino tan sólo para los recogidos en el Capítulo II del Título I, en donde también se incluye la propiedad privada.

En cuanto a la relación garantía institucional-contenido esencial, debemos reconocer que ambas figuras se hallan muy próximas en la funcionalidad o cometido que han de desarrollar: actuar como interdicción del exceso de limitación,<sup>134</sup> constituir una barrera que

---

<sup>134</sup> STERN, KLAUS. "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", cit. pag. 275.



el legislador no puede sobrepasar en el desarrollo de su actividad limitativa.<sup>135</sup>

Sin embargo, la similitud existente entre la funcionalidad que desempeñan ambas garantías no es motivo suficiente para entender que el constituyente haya incurrido en una inútil reiteración al establecer dos mecanismos cuya utilización lleve a un idéntico resultado. El contenido esencial no es una garantía declarativa o descriptiva porque resulta perfectamente diferenciable de la garantía institucional atendiendo a su naturaleza y a lo que constituye el objeto de protección.

Hemos de comenzar, pues, aludiendo a la individualización del contenido esencial frente a la garantía institucional de la propiedad privada atendiendo a la naturaleza que revisten ambos tipos de mecanismos de protección. La garantía institucional significa la constitucionalización de la institución dominical abstractamente definida, pero no de su concreta configuración.<sup>136</sup> La Constitución se limita a reconocer la institución de la propiedad privada, intentando salvaguardar su existencia real en nuestro ordenamiento

---

<sup>135</sup> La similitud en la finalidad que persiguen estos dos tipos de mecanismos de protección puede igualmente apreciarse cuando se observan los parámetros utilizados por el Tribunal Constitucional para determinar cuando existe una vulneración de la garantía institucional o una violación del contenido esencial. Nos sumamos ahora a la posición de BAÑO LEON, JOSE MARIA. "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", cit. pags. 168 y 169. Así, en las SSTC 11/1981 de 8 de Abril (Fto. Jco. 7º), 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º), 196/1987 de 11 de Diciembre (Fto. Jco. 5º) y 89/1994 de 17 de Marzo (Fto. Jco. 4º) se afirma que *"constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así"*. Mientras en SSTC 32/1981 de 28 de Julio (Fto. Jco. 3º) y 26/1987 de 27 de Febrero (Fto. Jco. 4º) se sostiene que la garantía institucional asegura *"la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar"*. Por consiguiente, la similitud y paralelismo entre la funcionalidad atribuible a la garantía institucional y al contenido esencial parece ser más que evidente.

<sup>136</sup> DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", antes cit. pag. 101.

jurídico, pero sin embargo, no asegura expresamente un contenido concreto de la misma.<sup>137</sup> Desde esta perspectiva, la garantía institucional parece revestir una naturaleza estrictamente formal.

Empero, hemos de reparar en que el constituyente protege la institución dominical, porque considera que ésta es un elemento estructural del edificio constitucional que pretende crear. Por consiguiente, la garantía institucional se establece por razón de la materia de que se trate, conectándose, de este modo, con valores que en la Constitución adquieren una significación primordialmente política.<sup>138</sup>

En conclusión, la garantía institucional constituye un mecanismo de protección cuya naturaleza se debate entre el ámbito formal y material, quizás con una mayor cercanía al primero de ellos, pues su tutela no alcanza a un contenido concreto de la institución dominical.

Por el contrario, mediante la exigencia de respeto al contenido esencial, la Constitución

---

<sup>137</sup> En palabras del Tribunal Constitucional, *"por definición, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la conservación de una institución en terminos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar [...]".* Vid. STC. 32/1981 de 28 de Julio (Fto. Jco. 3º) y 26/1987 de 27 de Febrero (Fto. Jco. 4º). En la misma línea de pensamiento, CRUZ VILLALON, PEDRO. "El legislador de los derechos fundamentales", cit. pag. 132. Por remisión al Tribunal Constitucional, CARRASCO PERERA, ANGEL. "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", antes cit. pag. 83. DE LORENZO GARCIA, RAFAEL. "El nuevo Derecho de fundaciones", cit. pags. 129 y 130. JIMENEZ BLANCO, ANTONIO. "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", cit. pags. 638 y 639. BAÑO LEON, JOSE MARIA. "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", pag. 169, pero donde igualmente merecen ser destacadas las pags. 177 y ss. en las que se desarrolla un estudio crítico de las afirmaciones antes citadas y sostenidas por IGNACIO DE OTTO, en relación a la configuración de la garantía institucional como constitucionalización de la institución abstractamente definida.

<sup>138</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "Garantía institucional y autonomías locales", antes cit. pag. 24.

preserva una concreta configuración jurídica de la propiedad privada,<sup>139</sup> identificable con una sustancia básica que el legislador tiene frente a sí y ha de respetar en todo momento, si no quiere ver anulada su labor como inconstitucional. Este mecanismo de protección representa, por consiguiente, descender de lo abstracto a lo concreto, de la definición simple a la articulación compleja.<sup>140</sup>

Consecuentemente, frente a la garantía institucional, el contenido esencial se muestra como un mecanismo constitucional de protección material, porque no tutela la simple pervivencia de la propiedad privada como institución, sino un concreto y bien delimitado contenido sustancial básico frente a potenciales intentos de deformación que pudiera sufrir.

Por otra parte, la garantía del contenido esencial tampoco puede ser considerada como una reiteración meramente declarativa porque, aunque comparta con la garantía institucional la función de desplegar su protección frente a los mismos comportamientos o conductas (abuso de la potestad legislativa), ambas se diferencian claramente en lo que pretenden preservar frente a esas mismas conductas. Es decir, la individualización se produce atendiendo a lo que constituye el objeto de la protección en cada una de estas garantías.

El objeto de protección de la garantía institucional lo constituye la propiedad privada institución, en cuanto elemento estructural del orden que se establece en la Constitución que persigue mantener la existencia real del instituto dominical en nuestro ordenamiento jurídico, representa, en tanto que una regulación constitucional protectora de un contenido

---

<sup>139</sup> DE OTTO Y PARDO, IGNACIO. "La regulación de los derechos y las libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", antes cit. pag. 101.

<sup>140</sup> Ibidem Supra.

ordinamental objetivo<sup>141</sup>, una eficacia que no alcanza a la conservación de todas y cada una de las concretas titularidades subjetivas. El objeto de protección de la garantía del contenido esencial, en cambio, no es la propiedad privada en su dimensión institucional-objetiva, sino en su vertiente individual subjetiva. Con la exigencia constitucional de respeto a la esencia dominical se pretende salvaguardar específicas titularidades subjetivas dominicales frente a la acción de los poderes públicos y, en concreto, del legislador. Se trata de construir una barrera frente a las intervenciones legislativas que impidan a los particulares propietarios la consecución de los fines o intereses protegidos por el Derecho.<sup>142</sup> En resumidas cuentas, la garantía del contenido esencial persigue un fin muy distinto al mantenimiento de la existencia real de la institución dominical en nuestro ordenamiento: asegurar que el propietario individual tenga la posibilidad efectiva de dirigir hacia la satisfacción de su propio interés el ejercicio del poder que el ordenamiento jurídico le reconoce sobre las cosas que le pertenecen.<sup>143</sup>

La observación del procedimiento expropiatorio y las distinta posición que ante el mismo adopta la propiedad privada institución y derecho subjetivo constituye un dato que sirve de fundamento a la tesis por nosotros mantenida de que el objetivo de la garantía del contenido esencial no lo es la institución dominical, sino las diferentes titularidades subjetivas.

---

<sup>141</sup> En expresión de PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "Garantía institucional y autonomías locales", cit. pag. 28.

<sup>142</sup> Véanse las alusiones efectuadas a HERBERT KRÜGER y DÜRIG por STEIN, EKKEHART. "Derecho Político", antes cit. pag. 249. En la doctrina española, PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo III, Art. 33, antes cit. pag. 410. Idem. "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", cit. pag. 421.

<sup>143</sup> BAÑO LEON, JOSE MARIA. "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", cit. pags. 170, 171 y 172. DE LORENZO GARCIA, RAFAEL. "El nuevo Derecho de fundaciones", antes cit. pags. 130 y 131.

En base al Art. 33.2 CE el legislador ordinario se encuentra constitucionalmente legitimado para delimitar el contenido del derecho de propiedad por obra de la función social. Conectando, por consiguiente, la dicción del citado precepto con la garantía del contenido esencial asumida por el Art. 53.1 CE, se percibe con claridad que la función social de la propiedad debe respetar el núcleo básico o esencial del derecho subjetivo. Lógicamente, se podría deducir que toda intervención legislativa que suponga un incisión en el contenido esencial del derecho sería inconstitucional.

Sin embargo, como reconoce LOPEZ Y LOPEZ ello no es predicable necesariamente en el caso del derecho de propiedad.<sup>144</sup> En materia dominical, la barrera que representa la garantía del contenido esencial puede ceder ante ciertas intervenciones que encuentran legitimación en la realización de finalidades de interés público o social a las que el ordenamiento otorga tutela preferente, con arreglo a las circunstancias coyunturales del caso concreto, sin que se considere que tales intervenciones resultan inconstitucionales.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 168.

<sup>145</sup> En este punto se aprecia el diferente grado de protección que la garantía del contenido esencial supone para la propiedad y los derechos fundamentales en sentido estricto. Mientras que en la propiedad privada la garantía del contenido esencial puede ceder ante la presencia de determinados intereses a los que el ordenamiento jurídico concede tutela preferente, cuando se trata de los derechos fundamentales sólo en supuestos muy tasados y excepcionales se puede sobrepasar la barrera que supone la garantía del contenido esencial. Pues bien, si en la propiedad existe una tendencia hacia la relativización de la WESENSGEHALTGARANTIE, en el caso de los derechos fundamentales la garantía del contenido esencial resulta mucho más participe de los postulados propios de la teoría absoluta, mostrándose como un impedimento difícilmente salvable ante todo tipo de intervención, sean cuales sean los intereses que la motivan o justifican. La mayor resistencia de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales ante posibles ataques vulneradores del mismo viene facilitada en sede jurisdiccional. Mientras que ante una violación del contenido esencial de la propiedad privada únicamente es posible reaccionar mediante la interposición de un recurso de inconstitucionalidad (Arts. 53.1 y 161.1a CE), ante una eventual violación del contenido esencial de los derechos fundamentales strictu sensu es posible reaccionar mediante la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (Arts. 53.2 y 161.1b CE).

Evidentemente, aludimos a la puesta en marcha del procedimiento expropiatorio, mediante el cual se habilita la privación singular de bienes o derechos cuando concurra causa de utilidad pública o interés social y se satisfaga la correspondiente indemnización. (Art. 33.3 CE, Art. 1 LEF de 16 de Diciembre de 1954, BOE 17 de Diciembre y Art. 1 del Reglamento de la LEF, aprobado por Decreto de 24 de Abril de 1957, BOE de 20 de Junio).<sup>146</sup>

En esta línea, el Tribunal Constitucional, tras admitir que el derecho de propiedad es reconocido en la Constitución desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, declara que *"desde este último punto de vista (es) un derecho subjetivo que cede para convertirse en su equivalente económico cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación"*.<sup>147</sup> Reparando en estas palabras del Alto Tribunal, se deduce que aquello que cede para convertirse en su equivalente económico cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación no es la propiedad en su vertiente institucional, sino en su vertiente individual-subjetiva.

En efecto, se puede mantener que los supuestos expropiatorios no suponen una negación ni afectan a la propiedad privada en cuanto institución, la cual se mantiene incólume. La expropiación no atenta contra el *status* general de la propiedad, al que presupone, sino que simplemente impone el sacrificio singular de una situación subjetiva dominical específica ante intereses públicos y sociales superiores.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> Para un breve, pero clarificador análisis, LUCAS VERDU, PABLO. AA.VV. "Constitución española. Edición comentada", antes cit. pag. 95.

<sup>147</sup> Así se manifiesta el Tribunal Constitucional en ST 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º), que a su vez evoca lo que ya había dispuesto en anterior resolución 111/1983 de 2 de Diciembre (Fto. 8º).

<sup>148</sup> En palabras de SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO ("Proprietà privata e Costituzione", cit. pag. 961) "la expropiación por motivos de interés general, en los casos previstos en la ley y salvo indemnización, afecta a la propiedad particular y no contrasta con el reconocimiento y con la garantía de parte de la ley de la propiedad privada en general". En el mismo sentido que en el texto, GARCIA

En congruencia con ello, si las intervenciones expropiatorias constituyen supuestos en los que se puede sobrepasar la barrera del contenido esencial y, sin embargo, no es la institución dominical la afectada, sino la vertiente individual subjetiva del derecho, la conclusión parece obvia: la vertiente institucional de la propiedad privada no queda protegida bajo la cláusula del contenido esencial, porque si fuera así, en caso de que esta garantía hubiese sido sobrepasada, la citada vertiente dominical debería resultar afectada y, en realidad, nada de ello sucede.

En consecuencia, el objeto de protección de la garantía del contenido esencial es la propiedad privada en su vertiente individual, porque cuando una intervención expropiatoria sobrepasa el límite que esta garantía representa lo que resulta afectado es una concreta y específica titularidad subjetiva. En suma, es la propiedad en tanto que derecho subjetivo o poder concreto la que halla cobijo y protección bajo la garantía del contenido esencial.

Estas breves alusiones a la expropiación sirven para apuntar otro dato individualizador de la protección derivada de la cláusula del contenido esencial frente a la garantía institucional de la propiedad privada.

Como acabamos de exponer, la barrera que representa la garantía del contenido esencial puede ceder y ser sobrepasada ante la puesta en marcha del procedimiento expropiatorio, cuando concurren intereses públicos y sociales a los que el ordenamiento otorgue tutela preferente con arreglo a las concretas circunstancias que rodean a una singular titularidad subjetiva dominical. A diferencia de lo que sucede con el contenido esencial, la exigencia constitucional de respeto al instituto dominical marca el límite máximo hasta el cual

---

DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON. "Curso de Derecho Administrativo", Vol II, Ed, Cívitas, Madrid 1981, pag. 202. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 158.

pueden llegar las intervenciones legislativas en materia de propiedad privada, pues la garantía institucional se erige en una barrera infranquable a la acción legislativa y administrativa, considerándose radicalmente inconstitucional toda ley que la sobrepase, pretendiendo una supresión de la existencia real de la institución dominical en nuestro ordenamiento, cualesquiera que sean los intereses que justifiquen o motiven intervenciones de ese talante.

En conclusión, la garantía institucional reviste un carácter absoluto, porque no cede ante la presencia de ningún tipo de interés por muy legítimo que éste sea. Por el contrario, el contenido esencial se muestra con una cierta tendencia hacia la relativización, ya que ante el concurso de determinados intereses merecedores de tutela puede ceder sin que se aprecie motivo de inconstitucionalidad, eso sí siempre a cambio de la indemnización correspondiente.

Por último, la esencia dominical se individualiza frente a la garantía institucional por su carácter de concepto de determinación casuística y eternamente variable.<sup>149</sup>

Por lo que respecta al carácter casuístico del concepto de contenido esencial, conviene resaltar que la adopción de una noción abstracta y unitaria de la esencia dominical no puede ser óbice para admitir que cuando ésta se proyecte sobre los diferentes tipos subjetivos dominicales pueda experimentar ciertas variaciones dependiendo de la categoría de bienes objeto del derecho. A nadie se le oculta que aquello que constituye la esencia de la propiedad urbana no es necesariamente idéntico de lo que queda comprendido bajo el ámbito del contenido esencial de la propiedad rústica.

---

<sup>149</sup> Sobre el carácter casuístico de la noción de contenido esencial y su inherente variabilidad, STERN, KLAUS. "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", cit. pag. 275. BALAGUER CALLEJON, MARIA LUISA. "El contenido esencial del derecho de huelga", antes cit. pags. 129 y 130. GARCIA MORILLO, JOAQUIN, AA.VV. "Derecho Constitucional", Vol I, antes cit. pag. 381. BAÑO LEON, JOSE MARIA. "Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de condiciones de vida", antes cit. pag. 219.



Existe una variabilidad razonable y relativa que depende de las categorías generales de bienes sobre las que el derecho se proyecta. Variabilidad relativa y no radical o absoluta, ya que por muy diferente que sea el contenido esencial de la propiedad privada sobre distintas categorías de bienes, siempre va a haber lugar para ellas en esa genérica, abstracta y unitaria esencia dominical que la Constitución garantiza.

Por lo que atiene a la consideración del contenido esencial como un concepto eternamente variable, hay que reconocer que, a diferencia de lo que sucede con la institución dominical, la esencia del derecho de propiedad es muy sensible a los cambios políticos, sociales o económicos. Lo que en la actualidad consideramos que constituye la esencia de la propiedad privada ya no vale para antes, pero es muy posible que tampoco pueda servir para después.<sup>150</sup>

La prueba la podemos encontrar observando comparativamente la evolución y los cambios que han sufrido la esencia y la institución dominical desde el Siglo pasado hasta el momento presente.

A lo largo de este período de la historia se han ido sucediendo Constituciones que han reconocido el derecho de propiedad en cuanto que institución, pero apenas se aprecian cambios sustanciales de uno textos a otros. Tanto en el orden liberal como en el vigente Estado Social, la institución dominical sigue siendo identificada con la pertenencia de las cosas a las personas, con la autoridad y el dominio de los hombres sobre los bienes materiales y, en definitiva, con la diferencia entre "lo mio" y "lo tuyo".

---

<sup>150</sup> CARROZZA, ANTONIO. "Intervención en el Congreso de Camerino". Actas del Congreso celebrado en Camerino 27-28 de Mayo de 1982 publicadas bajo el título "Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà", Ed. Università degli studi di Camerino, Napoli 1983, pag. 42. BALAGUER CALLEJON, MARIA LUISA. "El contenido esencial del derecho de huelga", antes cit. pag. 129.

Frente a la cierta estabilidad de la que goza la propiedad privada en su vertiente institucional, con el transcurso del tiempo se han producido profundas transformaciones en la configuración concreta de su contenido como derecho subjetivo. Tal y como advierte LASARTE, "resulta evidente que el contenido de la titularidad dominical ha cambiado de signo, como consecuencia del paso del Estado liberal al Estado intervencionista y planificador".<sup>151</sup>

Así, en el orden liberal, la esencia del derecho de propiedad estaba constituida por un núcleo irreductible de libertad individual, tendencialmente ilimitada y sólo restringible de manera excepcional, cuando la protección de los restantes absolutismos dominicales así lo exigiese.

En el marco del Estado Social modelado por nuestra Constitución la realidad es bien distinta. Como consecuencia de la recepción a nivel constitucional del principio de la función social, la limitabilidad de la propiedad privada se ha convertido en una regla integrante del Derecho normal.

La esencia de la propiedad privada deja de identificarse con una esfera de ilimitada libertad. Ahora bien, ello significa los límites deberes y obligaciones hayan pasado a formar parte de la esencia dominical. Independientemente de que ello pueda acontecer en un futuro venidero, todavía no ha llegado el momento en que con fundamento se pueda realizar tal aseveración. Simplemente lo que ha sucedido es que la plena y absoluta libertad que caracterizaba a la esencia dominical en el orden liberal, ha sido sustituida por la libertad normalmente limitable.

---

<sup>151</sup> LASARTE, CARLOS. "Propiedad privada e intervencionismo administrativo", antes cit. pag. 149.

De las diferencias hasta este punto detalladas, se puede deducir fácilmente que el constituyente de 1978 no ha incurrido en reiteración alguna al recoger tanto la garantía institucional como la del contenido esencial de la propiedad privada, ya que son dos mecanismos constitucionales de protección cuya efectividad discurre por planos paralelos (institucional y subjetivo) que convergen en la funcionalidad que desempeñan (evitar una utilización abusiva y arbitraria de la potestad legislativa).

Frente a nuestra opinión, no pocos autores consideran que la garantía del contenido esencial no lo es de la propiedad derecho subjetivo, sino institución.<sup>152</sup>

A nuestro juicio, esta posición doctrinal resulta contraproducente porque minimiza la protección jurídica que el constituyente ha tenido a bien conceder a la propiedad privada. Si en el momento de elaboración de la Constitución se consideró que el uso inadecuado de la potestad legislativa podría dañar igualmente a la propiedad privada en su vertiente individual-subjetiva e institucional-objetiva, resulta lógico y normal que se articulasen garantías que la preservasen de los ataques que pudiese padecer por ambos flancos y no sólo por uno de ellos.

---

<sup>152</sup> Hay que reconocer que se trata de autores de gran talla intelectual, entre los que destacan, en la doctrina alemana, HABERLE, PETER. "El legislador de los derechos fundamentales", cit. pags. 102 y 103. No se olvide tampoco que a este autor obedece igualmente la construcción de la teoría objetiva de la WESENSGEHALTGARANTIE, en virtud de la cual se estima que el contenido esencial se refiere a la obligación del legislador de salvaguardar la institución. Sobre esta cuestión en concreto, consúltese la obra de este mismo autor, "Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs 2 Grundgesetz", Karlsruhe 1962. STERN KLAUS. "Derecho del Estado de la República Federal alemana", cit. pags. 718 y 719. En la doctrina italiana, SANDULLI, ALDO M. "Profili costituzionali della proprietà privata", cit. pags. 351 y ss, en donde analizando la cuestión de si la Constitución de la República italiana ha garantizado o no un contenido mínimo a la propiedad, habla constantemente de este tema en relación al instituto dominical. Por inmediata influencia, COMPORTI, MARCO. "Trattato di Diritto Civile e Commerciale", Vol VIII, Tomo I, antes cit. pags. 159 y ss. MANGIAMELI, STELIO. "La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali", cit. pags. 49 y ss. Ya en nuestra doctrina, DIEZ PICAZO, LUIS. "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad en la Constitución", antes cit. pag. 1263. PEREZ LUÑO, FRANCISCO. "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", antes cit. pag. 421 y 422. Idem. "Comentarios a las Leyes Políticas", Tomo III, Art. 33, antes cit. pag. 411.

Nuestra Norma Fundamental no ha querido solamente asegurar la pervivencia del instituto dominical, sino también tutelar la efectiva realización de los particulares derechos subjetivos de propiedad. De este modo, al amparo de los Arts. 33.1 y 53. 1 CE. habrá que considerar necesariamente inconstitucional no sólo la ley que afecte a la propiedad privada como institución jurídica, sino también aquella que sobrepase la barrera que representa el contenido esencial del derecho subjetivo dominical (hecha la excepción del procedimiento expropiatorio).<sup>153</sup> Reconducir una garantía a otra es reducir la protección constitucional de la propiedad privada, ya que ésta se vería indefensa frente a la acción legislativa en uno de sus flancos.

En suma, garantía institucional y contenido esencial no son dos mecanismos de protección alternativos que se excluyan mutuamente. Tan solo de la acción conjunta de ambos se podrá desprender la sólida garantía querida para la propiedad privada por el constituyente de 1978.

### **3 E. EL CONTENIDO ESENCIAL COMO PARAMETRO DIFERENCIADOR DE LAS INTERVENCIONES CONFORMADORAS Y EXPROPIATORIAS EN MATERIA DOMINICAL. SU RELACION CON LAS INTERVENCIONES SINGULARES Y GENERALES.**

Como regla general, el contenido esencial representa un límite que no puede ser sobrepasado ni siquiera por las intervenciones legislativas delimitadoras del derecho de propiedad, sino quieren ser declaradas inconstitucionales. Sin embargo, esta regla general se flexibiliza en presencia de determinados intereses (generales, sociales, públicos) a los que en

---

<sup>153</sup> En sentido análogo y para el Art. 14 GG., PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", cit. pags. 271 y 272.

determinadas circunstancias el ordenamiento otorga tutela preferente. La barrera de la esencia dominical cede, sin apreciarse inconstitucionalidad, cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación, la reserva de recursos esenciales al sector público o la intervención de empresas (Arts. 33.3 y 128.2 CE).

De ahí, la trascendencia de determinar previamente la esencia dominical, pues sólo una vez establecida ésta será posible deslindar los supuestos de intervenciones legislativas delimitadoras, de las que constituyen expropiación, intervención o reserva pública o una transgresión de la Constitución.<sup>154</sup>

Es así como, la doctrina considera que la esencia dominical constituye el principal parámetro en base al cual se distinguen las intervenciones legislativas meramente configuradoras o conformadoras de aquellas intervenciones netamente expropiatorias.<sup>155</sup>

En este sentido, se habla de intervención configuradora o conformadora del derecho de propiedad, cuando las limitaciones legislativas dejan a salvo y no penetran en el núcleo básico que constituye el contenido esencial. En tales supuestos no es necesario satisfacer indemnización. Por el contrario, nos hallamos ante auténticas intervenciones expropiatorias, siempre y cuando respetándose las garantías establecidas por el Art. 33.3 CE,<sup>156</sup> las limitaciones legislativas vengan a socavar u operar una disminución del contenido esencial

---

<sup>154</sup> MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", antes cit. pag. 215.

<sup>155</sup> LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 169. PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", antes cit. pags. 435 y 436. MONTES PENADES, VICENTE. "La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo", cit. pag. 215.

<sup>156</sup> La necesidad de que concurra una causa de utilidad pública o interés social, se satisfaga la correspondiente indemnización y se actúe de conformidad a la ley son las garantías imprescindibles para la puesta en marcha del procedimiento expropiatorio.

del derecho de propiedad.<sup>157</sup>

Pese a lo claras y sugerentes que puedan ser las afirmaciones puestas de manifiesto, a nuestro modo de ver no son del todo afortunadas, ya que pecan de cierta imprecisión que puede llevar a resultados equívocos. En esta inteligencia consideramos que la utilización del contenido esencial como único parámetro para diferenciar las intervenciones conformadoras y expropiatorias no resulta suficiente, porque parecería dar a entender que toda intervención que sobrepase el límite que esta garantía representa ha de ser considerada necesariamente expropiatoria.

De modo inmediato, surge el problema de determinar cuando una intervención que haya sobrepasado la barrera del contenido esencial habrá de ser tildada de inconstitucional, pues utilizando el criterio antes mencionado lo normal sería considerarla expropiatoria.

Para solucionar esta cuestión, y ante la falta de idoneidad del parámetro del contenido

---

<sup>157</sup> La Corte Constitucional italiana, en ST 20 de Enero de 1966 n° 6 Giurisprudenza Costituzionale, ha reconocido la naturaleza expropiatoria de las limitaciones que vacíen el contenido del derecho de propiedad incidiendo sobre el goce del bien tan profundamente que lo conviertan en inutilizable en relación al destino coherente a la "natura" del bien mismo o determinen el venir a menos o una penetrante incisión en su valor de cambio". En torno a esta cuestión jurisprudencial, IANNELLI, ANTONIO. "La proprietà costituzionale", antes cit. pag. 122. MANGIAMELI, STELIO. "La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali", antes cit. pag. 52. Ya con anterioridad, REINHARDT había recalcado que "entrando en conflicto los intereses privados y el general, es claro que aquellos intereses deben de ceder ante éste; pero en la determinación de si esta cesión constituye una expropiación o una limitación debe de hacerse con el criterio de la utilización privada", que es una parte constitutiva del núcleo esencial del derecho de propiedad. Son palabras tomadas de la lectura de NIETO GARCIA, ALEJANDRO. "Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa", cit., pag. 82. En el marco de nuestra doctrina, LOPEZ Y LOPEZ señala que "aparece claro que el concepto clave para el establecimiento de la distinción entre intervención delimitadora y expropiación forzosa no es otro sino el contenido esencial: siempre que se sacrifica el contenido esencial del derecho de propiedad estamos ante una expropiación forzosa [...], y como reverso dado el supuesto de respeto a lo que se considere contenido esencial del dominio, estamos siempre ante la intervención delimitadora, sin importar la intensidad de la misma. Vid. LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. "La disciplina constitucional de la propiedad privada", antes cit. pag. 169.

esencial como criterio único de determinación, será una necesidad perentoria acudir a otros criterios de determinación complementarios. Entre ellos destacamos la distinción entre el carácter singular o general de la intervención que se lleva a cabo.

Cuando una intervención singular sobrepase el límite del contenido esencial, concorra una causa de utilidad pública o interés social y se satisfaga la correspondiente indemnización, no habrá problema alguno para calificarla como de indudable carácter expropiatorio, siendo, por consiguiente, perfectamente conforme a la Constitución. Tal y como se desprende del Art. 1 de la LEF y el Reglamento que la desarrolla, la privación singular de bienes y derechos parece constituir una nota esencialmente identificativa de los procesos expropiatorios. El Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse al respecto requiriendo *"para que se aplique la garantía del art. 33.3 de la Constitución, que concorra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos"* (STC 277/1988 de 29 de Noviembre, Fto. Jco. 11º).<sup>158</sup>

La consideración de la privación singular de bienes o derechos como una nota identificativa del proceso expropiatorio suscita, paradójicamente, el problema de cómo calificar aquellas intervenciones singulares que no sobrepasen la barrera de la esencia dominical. Utilizando únicamente el criterio de determinación que supone esta garantía, la

---

<sup>158</sup> Igualmente el Tribunal Supremo advierte que "El instituto expropiatorio en cuanto supone -art. 1º de la LEF- *la privación singular de la propiedad privada, o derechos o intereses patrimoniales legítimos*, acordada imperativamente exige la plena justificación de la utilidad pública concurrente en cada supuesto de expropiación..." (El subrayado es nuestro). En la doctrina la existencia de una privación singular como elemento identificativo de la expropiación ha sido recalcada, entre otros, por GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. "Los principios generales de la nueva ley de expropiación forzosa", Ed. Cívitas, Madrid 1984, pags. 67 y ss. PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", Parte II en REDA núm. 19, Octubre-Diciembre 1978, pag. 550. Con ciertas objeciones al respecto, REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", cit. pag. 399.

conclusión habría de ser que no se trata de una intervención expropiatoria, porque no se rebasa el límite del contenido esencial, a lo que se podría añadir que tampoco existe una traslación forzosa de la titularidad dominical.

De nuevo se constata que el contenido esencial es un parámetro insuficiente para deslindar las intervenciones expropiatorias de las conformadoras del contenido de la propiedad privada, porque en el caso de las intervenciones singulares que no rebasan el límite de esta garantía nos hallamos realmente cerca de la expropiación, habida cuenta que a un propietario concreto se le está imponiendo un sacrificio especial y singular, por no poderse repartir equitativamente la carga que ese sacrificio comporta entre los restantes propietarios de bienes que pertenezcan a la misma categoría.<sup>159</sup>

En suma, con intervenciones singulares de este tipo, se estaría incidiendo en una situación de propiedad individualizada o individualizable, separándola del tratamiento reservado a los otros propietarios de bienes de la misma clase.<sup>160</sup> Constituyan expropiación o no estas intervenciones singulares, al menos habría que reconocer al titular dominical afectado el derecho a una indemnización, debido a que se le causa un sacrificio singular

---

<sup>159</sup> En sentido análogo, el Tribunal Supremo considera como una excepción a la regla general de la no indemnizabilidad de las intervenciones limitativas del ejercicio y delimitadoras del contenido normal del derecho de propiedad inmobiliaria urbana los supuestos de vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados. Vid. SSTs 29 Septiembre 1980 (Cont-Adm) Cdo. 7º (RJA 3463), 1 Febrero 1982 (Cont-Adm) Cdo. 6º (RJA 773), 3 Octubre 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 1º (RJA 7422), 20 Febrero 1989 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 1281), 20 Marzo 1989 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 2240), 31 Mayo 1989 (Cto-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 4116), 13 Febrero 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 955), 9 Septiembre 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho 5º (RJA 6816).

<sup>160</sup> En ello coincidimos con GAMBARO, ANTONIO. "La propiedad. Beni, propiedad, comunione", antes cit. pag. 122.



posiblemente vulnerador del principio constitucional de igualdad formal.<sup>161</sup>

En otro orden de cosas, las intervenciones generales en materia de propiedad privada tampoco dejan de suscitar importantes problemas, respecto los cuales es verdaderamente difícil hallar una solución de aceptación generalizada.

La dificultad, sin embargo, no radica en la identificación las intervenciones generales meramente conformadoras o delimitadoras del contenido normal del derecho de propiedad, ya que así podrán ser calificadas todas aquellas que moviéndose dentro de los límites legales respeten y no sobrepasen la barrera que representa la esencia dominical.

Los problemas surgen cuando una intervención de carácter general haya rebasado el límite del contenido esencial. En estos supuestos resulta complicado determinar si se ha incurrido en inconstitucionalidad o si, por el contrario, se trata simplemente de una intervención expropiatoria. Obviamente, quienes manejen única y exclusivamente el parámetro del contenido esencial, al haber sido éste rebasado, no dudarán en admitir que se trata de un supuesto expropiatorio. En consecuencia, para los partidarios de estas tesis, la única inconstitucionalidad posible provendría de la vulneración del párrafo tercero del Art. 33 CE., pero en ningún caso del párrafo primero del Art. 53 del mismo texto legal, pues bastaría con observar los requisitos procedimentales allí prescritos para deducir la validez constitucional de las intervenciones así producidas.

---

<sup>161</sup> Sobre la teoría alemana del sacrificio singular (SONDEROPFERTHEORIE) Vid. entre otros, GARCIA ENTERRIA, EDUARDO. "Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa", cit. pag. 69. NIETO GARCIA, ALEJANDRO. "Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa", antes cit. pags. 73 y ss. PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", Parte II, cit. pags. 554 a 559. BASSOLS COMA, MARTIN. "Constitución y sistema económico", antes cit. pags. 127 y 128. PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", cit. pag. 435. REY MARTINEZ, FERNANDO. "La propiedad privada en la Constitución española", antes cit. pags. 384 a 386.

No obstante, teniendo presente el carácter general de la intervención que se lleva a cabo, la conclusión a la que se llega es que intervenciones de este tipo que sobrepasen la barrera del contenido esencial no son expropiatorias, sino contrarias a la Constitución. La declaración de inconstitucionalidad no sería consecuencia indirecta de la infracción de alguno de los requisitos exigidos en el Art. 33.3 CE, sino efecto inmediato de una frontal vulneración de la garantía contenida en el Art. 53.1 CE.

Considerar como expropiatoria una intervención general que sobrepase el límite del contenido esencial de la propiedad privada, terminaría por convertir a la garantía de la esencia dominical en totalmente irrisoria, quedando la propiedad únicamente protegida por la garantía que representa el procedimiento expropiatorio con todos sus trámites. En definitiva, desde esta perspectiva, sólo serían inconstitucionales las intervenciones generales que fuesen llevadas a cabo sin la observancia del procedimiento y el cumplimiento de los requisitos contenidos en el Art. 33.3 CE.

Quizás, un mayor inconveniente sería que, al tratarse de una intervención general, el procedimiento expropiatorio se podría utilizar fraudulentamente para encubrir operaciones que llegaran a suprimir la posibilidad de apropiación privada de enteras categorías de bienes. No nos podemos detener en esta problemática cuestión, que simplemente nos limitamos a apuntar, pero sí debemos dejar patente la similitud existente con las operaciones de nacionalización, socialización o colectivización de enteras categorías de bienes.

#### **4. UN SUPUESTO ESPECIFICO: EL ARTICULO 23 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY SOBRE EL REGIMEN DEL SUELO Y ORDENACION URBANA. LA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA INMOBILIARIA URBANA Y LA GARANTIA DE SU CONTENIDO ESENCIAL.**

Ya con anterioridad a la Constitución española de 1978, los artículos 61 y 76 de las Leyes del Suelo de 1956 y 1976, respectivamente, disponían:<sup>162</sup> "Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites, y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta ley, o en virtud de la misma por los planes de ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios".

Las limitaciones al ejercicio de las facultades dominicales contenidas en estas disposiciones son llevadas hasta sus últimas consecuencias por el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, el cual, a nuestro juicio, y a la vista de su articulado, se muestra como uno de los ejemplos legislativos que hasta ahora han concedido un mayor margen de actuación y operatividad práctica al principio constitucional de la función social.

Con base en este principio constitucional, el Art. 23 del citado texto legal contempla un sistema gradual de adquisición de las facultades urbanísticas que integran el contenido de la propiedad inmobiliaria urbana. El referido precepto dispone: 1. El contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria se integra mediante la adquisición sucesiva de los siguientes derechos: a) A urbanizar [...] b) Al aprovechamiento urbanístico [...] c) A edificar [...] d) A la edificación [...].

---

<sup>162</sup> La dicción literal de estos preceptos es idéntica. Por este motivo, transcribimos solamente la dicción de uno de los dos artículos citados.

Como se puede apreciar, el Art. 23 TR reconduce a un conjunto cerrado y taxativo de facultades el contenido urbanístico de la propiedad del suelo, en última instancia identificable con el derecho a edificar del propietario e incorporar a su patrimonio lo edificado. Pero además, en su Art. 20.2 la Ley fija como condición imprescindible para la adquisición de las piezas o elementos (facultades) que integran la composición del todo (contenido urbanístico) la observancia de los deberes que ella misma establece, en los términos y plazos previstos en el Planeamiento correspondiente (Art. 19 TR).

Nos hallamos, pues, ante una muy intensa limitación del *ius aedificandi* que plantea la cuestión de si las medidas legislativas que la imponen pueden llegar a vulnerar la garantía constitucional del contenido esencial de la propiedad privada.

Somos perfectamente conscientes de que esta es una temática compleja, ya que si es cierto, como señala PAREJO<sup>163</sup>, que resulta infrecuente hallar soluciones merecedoras de aceptación general cuando se trata de los problemas globales del contenido esencial de la propiedad privada, no es menos cierto que cuando se profundiza en el estudio de aspectos específicos de esta materia, la dificultad para obtener resultados de admisibilidad generalizada se incrementa en un alto grado. Gráficamente hablando, sobre este tema "podrían dejarse correr ríos de tinta entre montañas de papel"; nada más lejos de nuestra intención, que no es otra que plantear los problemas que se suscitan, procurando aportar alguna luz a su solución, siempre con el objetivo de comprobar cómo la teoría general de contenido esencial, anteriormente desarrollada, encuentra aplicación en un supuesto concreto y tan debatido en nuestros días como el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria urbana.

---

<sup>163</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", Parte I, antes cit. pag. 245.

La respuesta a si el Art. 23 TR constituye una vulneración de la esencia dominical depende de la interpretación que se haga de sus dictados y, en concreto, de la postura que se adopte respecto al dilema planteado en torno a si el Texto Refundido de 1992 ha operado o no una absoluta desvinculación del derecho de propiedad inmobiliaria de las facultades urbanísticas y especialmente del derecho a edificar.

En opinión de ciertos sectores doctrinales, las facultades urbanísticas constituyen un contenido artificial de la propiedad del suelo que no forma parte de su naturaleza, sino que es fruto de la ordenación urbanística.<sup>164</sup> El destino natural del dominio del suelo lo

---

<sup>164</sup> En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en ST 12 de Mayo de 1987 (Cont-Adm) RJA 3981, en donde se proclamaba, *"en el suelo urbano y urbanizable se incorporan al derecho de propiedad contenidos urbanísticos artificiales que no están en la naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística. No sería justa esta adición de contenidos si se produjera pura y simplemente y por ello, como contrapartida, en tales supuestos se imponen importantes deberes [...]".* Pues sólo cuando tales deberes han sido cumplidos puede decirse que el propietario ha ganado los contenidos artificiales que se añaden al derecho inicial...". Más expresiva en este sentido parece ser la Audiencia Provincial de Madrid, quien en ST 6 Febrero 1993 (Fto. Dcho. 11º) (R.A.Civ. 141) sostiene que "...las facultades dominicales del propietario del suelo urbano y urbanizable, quedan prácticamente sometidas a concesión administrativa, pues la propiedad del terreno, no incluye las urbanísticas, que se adquieren, pierden y modifican con arreglo a esas leyes, por métodos y con resultados diferentes a los del Código Civil, desplegando un haz de derechos, obligaciones y responsabilidades de contenido diferente". En palabras de PREDIERI, ALBERTO. ("El sistema de las fuentes del Derecho", cit. pag. 203) "hemos asistido a una redefinición de la noción de propiedad desde que el ius aedificandi ha dejado de ser una facultad del propietario para convertirse en una atribución del poder público, que a través del plan define el contenido de la propiedad". Esta postura fue mantenida ya por ENTERRIA bajo la vigencia de la Ley del Suelo de 1956 en una conferencia pronunciada en la Universidad de Sevilla en 1957 y publicada luego como artículo bajo el título "La ley del suelo y el futuro del urbanismo", antes cit. vid. ahora pags. 491 y ss, en donde literalmente se afirma: "Para los propietarios de terrenos rústicos [...] no podrán parcelar a menor medida que la unidad mínima de cultivo, ni construir o edificar por encima de una proporción máxima que la Ley señala [...]. No tienen, pues, posibilidad de transformar su propiedad de rústica en urbana a su propio arbitrio. Puede decirse que esta posibilidad de transformar suelo rústico en urbano ha quedado convertida en virtud de la Ley en una función pública, y por ende, exclusiva de la Administración. Sólo la Administración, a través de los planes urbanísticos, puede asignar carácter urbano a cualquier porción de territorio, no es ésta ya una facultad privada...". Esta concepción en torno al contenido urbanístico como algo artificial ajeno a la misma naturaleza del derecho de propiedad es perfectamente congruente con una más amplia línea jurisprudencial del Tribunal Supremo en donde se repite reiteradas veces que nuestro ordenamiento jurídico configura al urbanismo como una función pública y no como una mera expectativa privada. Al respecto SSTs 30 Octubre 1980 (Cont-Adm) Cdo. 3º (RJA 3997), 11 Diciembre 1984 (Cont-Adm) Cdo. 5º (RJA 6673), 16 Diciembre 1985 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 5º (RJA 655), 7 Noviembre 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 8783), 29 Noviembre

constituye el aprovechamiento agrícola, forestal, ganadero o cinegético y, por lo tanto, este derecho carece originariamente de un conjunto de facultades urbanísticas que integren su contenido, las cuales se adquieren de manera gradual mediante el cumplimiento sucesivo de los deberes legalmente establecidos y detallados para cada caso específico por el Planeamiento preciso, entre los que se encuentran el deber de ceder los terrenos destinados a dotaciones públicas, el deber de costear y ejecutar la urbanización, solicitar la licencia y edificar en los plazos previstos, etc. (Arts. 20.1 y 2 TR).

La observancia de los citados deberes aparece, de esta manera, como una condición imprescindible para que se adquieran esos contenidos artificiales y pasen a formar parte del derecho inicial. En suma, para esta corriente doctrinal, las facultades urbanísticas no son un elemento constitutivo del contenido de propiedad privada sobre el suelo. Originariamente, el propietario carece del derecho a edificar sobre el terreno que le pertenece, el cual sólo podrá ser adquirido e incorporado al contenido inicial de su título dominical una vez cumplidos los deberes legalmente establecidos.<sup>165</sup>

---

1989 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 8371), 16 Mayo 1990 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 4230). En la doctrina, sobre la concepción del urbanismo como una función pública, Vid. DE LOS MOZOS, JOSE LUIS. "El urbanismo desde la perspectiva del Derecho Privado", antes cit. pag. 291. Idem. "Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas", antes cit. pags. 7 y ss. ARROYO GARCIA, JUAN / CHROT NOGALES, FRANCISCO / LLISSET BORREL, FRANCISCO / LOPEZ PELLICER JOSE A. "Comentarios a la Ley del Suelo y sus Reglamentos" Tomo I, antes cit. pag. 593.

<sup>165</sup> Refiriéndose en concreto al *ius aedificandi*, sostiene el Tribunal Supremo que "la facultad de edificar o "ius aedificandi" constituye una mera expectativa, que se convertirá en verdadero derecho a edificar cuando se cumplan todas las obligaciones que la Ley impone a los propietarios, dentro de los plazos fijados". Vid. STS 31 Mayo 1989 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º de la sentencia apelada que se acepta (RJA 4116). Análogamente, y remitiéndose a lo que literalmente se califica como "la mejor doctrina", la AP de Pontevedra señala en SS. 22 Diciembre 1993 Fto. Dcho. 1º (R.A.Civ. 2440) y 25 Mayo 1994 Fto. Dcho. 1º (R.A.Civ. 903) que "la función social de la propiedad hace que el contenido de la edificabilidad no se encuentre insito en el derecho de propiedad; es atribuido al propietario por la función legislativa de manera directa o a través de los planes de ordenación".

Sin embargo, aunque esta postura puede encontrar fundamento en la letra de la Ley,<sup>166</sup> consideramos que desvincular de manera absoluta la propiedad inmobiliaria de las facultades urbanísticas (y en especial el *ius aedificandi*) puede desembocar en una eventual vulneración de las garantías constitucionales de los derechos dominicales y, en concreto, de su contenido esencial (Art. 53.1 CE).

Para fundamentar esta afirmación hay que partir admitiendo que la Constitución de 1978 garantiza una genérica esencia dominical en donde el interés privado y particular del propietario (traducido en múltiples ocasiones a términos de rentabilidad económica), resulta protegido *per se* y no exclusivamente en tanto que medio o vehículo para la realización del interés social.

Esta genérica esencia constitucionalmente garantizada actúa como un mínimo común denominador que, utilizando los parámetros de determinación facilitados por el Tribunal Constitucional en SSTC. 11/1981 de 8 de Abril (Fto. Jco. 8º), 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º), 196/1987 de 11 de Diciembre (Fto Jco. 5º) y 89/1994 de 17 de Marzo (Fto. Jco. 4º), ha de ser individualizado para cada derecho concreto, dependiendo de la categoría de

---

<sup>166</sup> Los ejemplos que pueden ser citados son numerosos, así, el Art. 5 TR habla de la delimitación por razón de la función social del contenido de las facultades urbanísticas *susceptibles de adquisición*; el Art. 15 TR dispone que los terrenos calificados como suelo no urbanizable no podrán ser destinados a fines distintos del agrícola, forestal, ganadero, cinegético; por su parte, y como ya hemos comprobado, el Art. 23 hace alusión a que el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria se integra mediante *la adquisición sucesiva* de determinados derechos que a continuación enumera y que ya han sido citados, mientras que ya con anterioridad el propio Art 20.2 TR señala que el cumplimiento de los deberes enumerados en su apartado 1º determina *la adquisición gradual* de las facultades urbanísticas. Finalmente, los Arts. 24, 26, 33 y 37 aparecen encabezados bajo la rúbrica de *Adquisición* del derecho a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico, a edificar y a la edificación, respectivamente. Los subrayados son nuestros y pretenden resaltar la alusión reiterada que efectúa la Ley del Suelo no a la limitación del ejercicio de las facultades urbanísticas, sino a las condiciones de su adquisición.

bienes que constituya su objeto.<sup>167</sup> Así, respecto el suelo rústico o no urbanizable se afirma que para lograr la efectiva realización del interés individual del propietario basta con garantizar que el ejercicio de las facultades dominicales pueda ser dirigido a la obtención de los aprovechamientos agrícolas, ganaderos o cinegéticos. Mientras, para el caso del suelo urbanizable o urbano, se sostiene que la única forma de asegurar la efectiva consecución del interés privado es destinar el poder inherente al derecho a la obtención de aprovechamientos urbanísticos, edificando e incorporando al patrimonio personal lo edificado.

No obstante, esta diferenciación del modo en que la genérica esencia dominical se individualiza viene impuesta imperativamente por el Texto Refundido de 1992, de acuerdo con la clasificación del suelo que sea efectuada en cada caso específico por el Planemiento preciso. En este entendimiento, el Art. 15 TR dispone que "los terrenos clasificados como suelo no urbanizable [...] no podrán ser destinados a fines distintos del agrícola, forestal, ganadero, cinegético, y en general de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales....".

De esta forma, la clasificación del suelo desempeña el papel de línea divisoria en la determinación de esa abstracta y genérica esencia dominical constitucionalmente garantizada. Antes del momento de la calificación de un terreno como suelo urbano o urbanizable, o con posterioridad al mismo cuando el suelo sea clasificado como no urbanizable, la Ley estima que para ver garantizada la efectiva satisfacción del interés privado del propietario con el que

---

<sup>167</sup> Se sigue, de este modo, el orden argumentativo propuesto por la doctrina alemana, especialmente SCHELCHER y HUBER. Junto al contenido esencial (WESENSGEHALT) de la propiedad privada genéricamente considerado, hay un contenido esencial específico para cada categoría de bienes (KERNGEHALT). Sobre esta cuestión de la doctrina alemana, Vid, entre otros, ESCRIBANO COLLADO, PEDRO. "La propiedad urbana. Encuadramiento y régimen" antes cit. pag. 187 y ss. BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pag. 323. GONZALEZ PEREZ, JESUS. "Comentarios a la Ley del Suelo. Texto Refundido de 1992", antes cit. pag. 115.



se identifica la esencia genérica de la propiedad privada, basta con destinar el ejercicio de los poderes dominicales a la obtención de aprovechamientos de tipo ganadero o agrícola. No obstante, la regla general contenida en el Art. 15 TR se flexibiliza inmediatamente después en el Art. 16, el cual considera factible en su apartado 3.2ª destinar el suelo no urbanizable o rústico a usos distintos de los agrícolas o pecuarios, reconociendo a los propietarios de este tipo de terrenos la posibilidad de levantar edificios aislados destinados a vivienda familiar, cumpliendo determinados requisitos y respetando las condiciones que en el mismo se exigen para ello.<sup>168</sup>

Igualmente, el apartado 3.1ª del mismo Art. 16 reconoce, mediante una enunciación

---

<sup>168</sup> Literalmente señala el Art. 16.3.2ª TR: "Podrán autorizarse por el órgano autonómico competente edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social que hayan de emplazarse en el medio rural, *así como edificios aislados destinados a vivienda familiar, en lugares en los que no exista la posibilidad de formación de un núcleo de población...*" Obviamente, el subrayado es nuestro. Más ampliamente sobre la posibilidad de edificar en terrenos que no sean solares, Vid. IRIBARREN GOICOECHEANDIA, MAITE. "La calificación de solar como requisito de la edificación", Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1984, pags. 175 y ss. Supongamos la situación en que se encuentra el propietario de unos terrenos en suelo rústico que contrae matrimonio y se dispone a formar una familia, pero carece de posibilidades económicas para adquirir una vivienda en suelo urbano. No obstante, las facilidades que le otorga su situación de trabajador en la construcción le permiten alcanzar esta finalidad edificando en los terrenos que le pertenecen la vivienda que dé acogida a su familia. Este específico propietario no tendría ningún interés en dedicar sus terrenos a aprovechamientos agrícolas o ganaderos. En este caso concreto, si se estuviese obligando imperativamente al titular dominical a destinar sus terrenos a este tipo de usos, se estaría imponiendo legislativamente un destino en nada coincidente con aquello que el propietario considera aprovechamiento rentable, al impedir a éste utilizar su derecho en aquella forma en que su interés privado se vería efectivamente satisfecho. Indudablemente, nos hallaríamos ante una total prevalencia del interés social o público respecto al interés privado, ya que la realización de aquéllos eliminaría, no todo interés privado, pero sí su efectiva consecución y proyección en la totalidad de los supuestos que pudiesen plantearse en la realidad. Por el contrario, en esta hipótesis, admitiéndose la posibilidad de construir un vivienda unifamiliar la realización del interés que el titular dominical considera preferente se ve efectivamente asegurada. Pese a lo que pudiese pensarse, no estamos ante un prevalencia egoísta del interés individual del propietario, ya que éste no se materializa de cualquier forma, sino con las limitaciones legalmente establecidas, las cuales se traducen en la exigencia de determinados requisitos que legitiman la puesta en marcha del procedimiento que desemboca en la autorización necesaria para edificar. De este modo, la Ley logra ponderar la satisfacción del interés privado y público o social. Se respeta el interés que el propietario tiene en edificar, pero simultáneamente, mediante el establecimiento de límites legales, se garantiza que la realización de éste no se convierta en un obstáculo a la efectiva consecución del interés público o social de la colectividad.

negativa la posibilidad de que el dueño de un terreno calificado como suelo no urbanizable o rústico pueda realizar las contrucciones necesarias para la explotación agrícola o ganadera que pretenda llevar a cabo. Podría ser el caso de la persona que establece sobre sus terrenos una gran empresa agrícola o ganadera, para cuya explotación se hacen totalmente imprescindibles la realización de construcciones o edificaciones que sirvan de infraestructura para el desarrollo de la actividad empresarial. Aquí el carácter esencial del aprovechamiento de tipo agrícola o ganadero se comparte con la necesidad de realizar las edificaciones y construcciones que permitan el desarrollo de esta actividad, habia cuenta que sirven de apoyo a la obtención de la rentabilidad económica que satisface principalmente el interés privado del titular dominical.

Por consiguiente, cuando se trata del suelo rústico o no urbanizable la especificación efectuada por la Ley de esa abstracta esencia dominical no conduce necesariamente, en todos los casos, a los aprovechamientos de tipo agrícola o ganaderos, sino que cabe la alternativa que representa la posibilidad excepcional de destinar el terreno de que se trate a usos distintos, tales como la ya mencionada edificación de la vivienda familiar.<sup>169</sup>

Esta disyuntiva no se cumple en el contexto de la propiedad privada del suelo urbano

---

<sup>169</sup> Hay que precisar que el Tribunal Supremo se ha encargado de resaltar que la posibilidad de edificar en suelo rústico o no urbanizable constituye una aislada excepción a la interdicción general de proceder a la edificación. En este sentido, se dice literalmente en ST 28 Octubre 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 9194) que "en suelo no urbanizable se prohíbe edificar salvo muy contadas excepciones". Analogamente Vid. SSTs. 21 Septiembre 1982 (Cont-Adm) Cdo. 7º (RJA 5472), 21 Enero 1983 (Cont-Adm) Cdo. 5º (RJA 278), 20 Abril 1983 (Cont-Adm) Cdo. 1º (RJA 5694), 9 Mayo 1983 (Cont-Adm) Cdo. 6º (RJA 2905), 25 Noviembre 1983 (Cont-Adm) Cdo. 9º (RJA 6093), 21 Diciembre 1983 (Cont-Adm) Cdo. 3º (RJA 6358), 2 Julio 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 6º (RJA 6838), 23 Julio 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 1º (RJA 5561), 23 Julio 1983 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 5562), 22 Octubre 1986 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 6626), 12 Noviembre 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 1º (RJA 8071), 10 Diciembre 1986 (Cont-Adm) Cdo. 3º (RJA 1029), 28 Octubre 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 9194), 7 Noviembre 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 8780), 26 Julio 1988 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 6049), 5 Febrero 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 767), 19 Junio 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 5267), 7 Noviembre 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 1º (RJA 8803), 24 Diciembre 1991 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 3º (RJA 371), 24 Junio 1992 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 1º (RJA 5527).

o urbanizable, ya que tal y como dispone el Art. 19 TR, que es el primero de los dedicados al régimen jurídico de este tipo de suelo, "la aprobación del planeamiento preciso según la clase de suelo de que se trate, determina el deber de los propietarios afectados de incorporarse al proceso urbanizador y edificatorio...". Es decir, el propietario del suelo urbano o urbanizable no puede destinar los terrenos que le pertencen a usos distintos a los señalados por la Ley, ya que se encuentra obligado por ésta a dirigirlos a aprovechamientos de tipo urbanístico, incorporándose al proceso urbanizador y edificatorio. En caso contrario, y si no se procede en el plazo establecido en el Planeamiento a dotar al terreno de los servicios o infraestructuras fijados en el mismo, se entenderá incumplido el deber de urbanizar y, en consecuencia, como ocurre con los demás deberes urbanísticos, se impone la sanción de la expropiación o venta forzosa de los mismos (Arts. 25, 227 y 207a) TR).

Consiguientemente, cuando se trata de suelo urbano o urbanizable la concrección efectuada por la Ley de esa abstracta esencia dominical conduce necesariamente a los aprovechamientos de tipo urbanístico, ya que este destino se impone de manera imperativa bajo la amenaza de la sanción expropiatoria.

Parece, pues, que para el Texto Refundido de 1992 el derecho a urbanizar, y en última instancia a edificar, son los rasgos fisonómicos por los que se reconoce la propiedad privada sobre el suelo urbano o urbanizable, así como las finalidades esenciales a las que ha de tender el ejercicio de este derecho. Su efectivo cumplimiento resulta tan trascendental para la Ley que su consecución se impone imperativamente, habida cuenta que destinar los terrenos a un uso distinto al urbanístico se sanciona con la expropiación o la venta forzosa de los mismos.

Esta gran relevancia que el TR de 1992 otorga a los aprovechamientos de tipo

urbanístico una vez calificado el suelo como urbano o urbanizable, contrasta con la posición de aquellos autores que defienden la separación de las facultades urbanísticas del contenido de la propiedad inmobiliaria urbana.

El razonamiento puede ser el siguiente: si por una parte se está insistiendo reiteradamente en que los rasgos esenciales que identifican a un tipo dominical como perteneciente a la categoría de la propiedad inmobiliaria urbana son las facultades urbanísticas, en concreto la presencia del derecho a edificar, y si por otra parte, se mantiene que las facultades urbanísticas, y entre ellas el *ius aedificandi*, son algo artificial que originariamente no integran el contenido natural de la propiedad privada, sino que se adquieren mediante el cumplimiento de los deberes legalmente establecidos, la conclusión que se puede extraer es que postular la total desvinculación de las facultades urbanísticas provoca que en un determinado momento del proceso urbanizador y edificador la propiedad privada se vea totalmente vacía de contenido.<sup>170</sup>

Una vez aprobado el Planeamiento urbanístico y clasificado el suelo por éste como urbano o urbanizable, el propietario ya no puede dedicar sus terrenos a la obtención de aprovechamientos agrícolas o ganaderos, porque si así lo hace será expropiado, pero, sin embargo, tampoco puede edificar e incorporar lo edificado a su patrimonio, ya que se halla en un instante en el que todavía no se han podido cumplir los deberes legalmente establecidos y, por lo tanto, tampoco se han podido adquirir las facultades urbanísticas.

En este preciso instante, la propiedad privada se muestra desprovista de su contenido

---

<sup>170</sup> GONZALEZ PEREZ, JESUS. "Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo", Ed. Cívitas, Madrid 1990, pag. 68. CHICO Y ORTIZ, JOSE MARIA. "La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad", en RCDI, año LXVII, Enero-Febrero, núm. 602, pag. 156.

sustancial, pues ve reducido su papel a una suerte de título de legitimación que solamente permite la entrada al proceso de adquisición gradual de las facultades urbanísticas. Además, una vez en el interior del procedimiento ya nada depende de ella, quien pierde el protagonismo anteriormente detentado en favor de los deberes legalmente establecidos, cuyo cumplimiento actúa como el único salvoconducto que habilita el acceso a las siguientes etapas del proceso gradual de integración del contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria.

Estos comportamientos debidos que la Ley exige al titular dominical como requisito para integrar el contenido urbanístico de su derecho, tienen como exclusiva finalidad asegurar la realización del interés público o social.<sup>171</sup>

Concretando, si la adquisición de las facultades urbanísticas no es inherente a la titularidad de la propiedad del suelo urbano, sino que depende del cumplimiento de los deberes legalmente establecidos, y si estos deberes se imponen única y exclusivamente con la finalidad de garantizar la realización del interés público o social, podemos concluir el interés privado del titular dominical (normalmente identificado con la efectiva posibilidad de edificar) se encuentra totalmente subordinado a la previa realización del interés social o público de la colectividad.

De esta manera, si se sostiene que el Art. 23 TR ha operado una radical desvinculación

---

<sup>171</sup> Tal y como señala el Art. 20 TR los deberes legales para la adquisición gradual de facultades son un medio imprescindible para garantizar que la ejecución del Planeamiento procurará la efectiva distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del proceso urbanizador entre los afectados. Sin duda alguna, y como reconoce en el Preámbulo de la Ley, este precepto es directa prolongación del deber que la Constitución establece en el Art. 47 para los poderes públicos de hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, mediante la regulación del uso del suelo de acuerdo con el interés general, impidiendo la especulación y garantizando también la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística. A su vez, cabe también decir que el citado Art. 47 es una concreción de las exigencias genéricas derivadas del principio constitucional de la función social contenido en el Art. 33.2 CE.

de las facultades urbanísticas del contenido de la propiedad inmobiliaria urbana, se produce una situación en la que no se aprecia una equilibrada ponderación entre el interés privado y social<sup>172</sup>, sino una desmesurada prevalencia de este último que lo convierte en un *prius* absoluto para el propietario, al que primariamente ha de dirigirse el ejercicio de los poderes dominicales.

Desde que se aprueba el Planeamiento y se califican los terrenos como suelo urbano o urbanizable hasta el momento en que se produce la definitiva adquisición del derecho a edificar e incorporar al patrimonio lo edificado, el titular dominical se mueve exclusivamente en la procura del interés social o público. Mediante la amenaza de la sanción expropiatoria, la Ley obliga al propietario a ejercitar el poder inherente a su titularidad en beneficio de un interés ajeno y no propio. Tan sólo cuando la efectiva consecución del interés social sea alcanzada y asegurada por el cumplimiento de los deberes legales, se permitirá dirigir el ejercicio de los poderes dominicales hacia la realización del interés privado del titular.

Desde esta perspectiva, se aprecia el gran paralelismo entre el propietario urbano y el funcionario público o el concesionario, cuyos poderes son exclusivamente atribuidos por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de intereses ajenos y no propios. En esta línea, no han sido pocos los autores que sostienen que la Ley del Suelo, al separar del contenido de la propiedad privada las facultades urbanísticas, ha convertido al propietario en un agente urbanístico de la Administración o incluso en un titular fiduciario.<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO. "Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones. Expropiaciones y venta forzosa", antes cit. pags. 21 a 23.

<sup>173</sup> Entre otros, VATTIER FUENZALIDA, CARLOS. "Propiedad privada y régimen del suelo", en RCDI, año LXVIII, Noviembre-Diciembre, núm. 613, pags. 2558 y 2559. GONZALEZ PEREZ, JESUS. "Comentarios a la Ley del Suelo. Texto Refundido de 1992", antes cit. pag. 119. CHICO Y ORTIZ, JOSE MARIA. "La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad", antes cit. pags. 158 y 159. SORIANO GARCIA, JOSE EUGENIO. "Las facultades dominicales en la tercera Ley del Suelo", antes cit. pag. 132.

En definitiva, al detraer del contenido dominical las facultades urbanísticas y condicionar exclusivamente su adquisición *ex novo* a la efectiva realización del interés público, antes del cumplimiento de los deberes legales lo único que queda de la propiedad es un mero *nomen iuris* que aparentemente indica la existencia de una relación dominical, pero que bajo esa apariencia formal esconde una situación jurídica totalmente distinta.

En este entendimiento, es posible que el Texto Refundido de 1992, pretendiendo la realización del interés público o social, haya incurrido en una extralimitación que constituya un ataque frontal a la esencia de la propiedad inmobiliaria urbana, ya que, al deslindar completamente las facultades urbanísticas del contenido dominical, se ha eliminado una parte del mismo que es absolutamente necesaria para que el interés privado e individual que da vida al derecho, resulte real, concreta y efectivamente protegido.<sup>174</sup>

Pero además, la forma de actuación del interés público o social deducible de la vigente Ley del Suelo puede ser contraria a la esencia del derecho de propiedad privada, porque la excesiva prevalencia que se otorga a este tipo de interés carece de una justificación sólida y objetiva que coloca su acción en patente contradicción con la naturaleza del suelo urbano, las directrices que inspiran la ordenación urbanística e, igualmente, con el sentido último del principio constitucional de la función en el marco del Estado de Bienestar.

La complejidad que en la actualidad reviste la vida en las grandes ciudades ha convertido al suelo urbano en un plano en el que convergen los más diversos intereses. En este sentido, el problema básico que se plantea la ordenación urbanística es resolver la

---

<sup>174</sup> Hacemos nuestra la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en STC 11/1981 de 8 de Abril (Fto. Jco. 10º), 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º), 196/1987 de 11 de Diciembre (Fto. Jco. 5º) y 89/1994 de 17 de Marzo (Fto. Jco. 4º).

contradicción permanente entre los intereses privados y públicos<sup>175</sup>, aportando soluciones integradoras que permitan la armónica convivencia de ambos tipos de interés, pero que no sacrifiquen uno de ellos en aras de la total y absoluta realización de otro.

En la misma línea, la total y absoluta prevalencia del interés social que genera la radical desvinculación de las facultades urbanísticas de la propiedad inmobiliaria urbana, no puede ser identificada con una manifestación de la operatividad del principio de la función social, que, como ya se ha puesto de manifiesto, representa una fórmula de compromiso, cuya recepción a nivel constitucional convierte a la disciplina de la propiedad privada en punto de equilibrio o puente que anuda dos extremos: interés privado y social.

A este dato hay que añadir que con la constitucionalización de la función social se pretende modular y atemperar el ejercicio de las facultades constitutivas del contenido dominical, con la intención de evitar que la satisfacción del interés privado del titular se convierta en un insalvable obstáculo a la realización del interés social o público de la colectividad.

Por consiguiente, si se mantiene que las facultades urbanísticas no integran originariamente el contenido normal de la propiedad privada, resulta obvio que las limitaciones y restricciones que la Ley del Suelo impone a la libre actuación del propietario, no condicionan o modulan el ejercicio de dichas facultades, porque evidentemente todavía no se tienen, sino que operan como una *conditio sine qua non* de su adquisición originaria.<sup>176</sup>

---

<sup>175</sup> Coincidimos en ello con PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán" Parte I, antes cit. pag. 245.

<sup>176</sup> MERELO ABELA, JOSE MANUEL. "La Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", Cuadernos de Gestión Local nº 1. Ed. Banco de Crédito Local, Madrid 1991, pags. 22 y 32. GALLEGU ANABITARTE, ALFREDO. "Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones. Expropiaciones y venta forzosa", antes cit. pag. 26.



Desde la absoluta separación de las facultades urbanísticas del derecho de propiedad, se comprende que los deberes legalmente establecidos difícilmente pueden responder al principio constitucional de la función social, porque su normal funcionamiento se reconduce al establecimiento de una serie de límites que aparecen como consecuencia del derecho que se tiene, pero, sin embargo, no puede invertirse el sentido de esta premisa: el derecho, las facultades o poderes dominicales nunca pueden ser consecuencia de los deberes legalmente establecidos; se debe porque se puede, pero no al revés. Si así fuera, lo que la Ley denomina "deberes" podrían ser concebidos técnicamente en el sentido de auténticas cargas, ya que la realización de los comportamientos que se imponen al propietario urbano no sería directamente exigible, habida cuenta de que las consecuencias de su incumplimiento no supondrían (como lo es ciertamente) la imposición de una sanción, sino simplemente la no producción del efecto jurídico al que avoca el comportamiento legalmente exigido, es decir la no adquisición de las facultades urbanísticas que se pretenden.

Por lo tanto, en caso de que se admita que las facultades urbanísticas no integran el contenido dominical, sino que se adquieren como resultado del cumplimiento de los deberes legalmente establecidos, la propiedad inmobiliaria urbana no cumplirá en su ejercicio una función social, sino que ella misma dejará de ser un derecho para convertirse en una función, en donde se reconocen a su titular ciertos poderes o facultades como consecuencia del deber que se le impone de actuar en beneficio del interés ajeno y no propio. En definitiva; la Ley no estaría delimitando el contenido del derecho de propiedad por obra de la función social, sino integrándolo y definiendo su estructura *ex novo*.

Estas afirmaciones pueden ser refrendadas desde la interpretación del vigente Texto Refundido de 1992.

Reiteradamente, se ha señalado que los deberes impuestos por la Ley como requisito para la adquisición de las facultades urbanísticas responden a la finalidad proclamada en el Art. 3.1a) TR de procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad. Esta finalidad se especifica en el Art. 5 del mismo TR, el cual dispone que "la función social de la propiedad delimita el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condiciona su ejercicio".

Esta norma parece encuadrar la acción de la función social en la delimitación del contenido y condicionamiento del ejercicio de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición, pero con ello se está afirmando también que la función social sólo actúa a partir del instante en que las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición hayan sido efectivamente adquiridas, ya que obviamente no se puede delimitar el contenido ni regular el ejercicio de aquello que todavía no se tiene. Por lo tanto, si estamos en lo cierto, de la interpretación realizada del Art. 5 TR se concluye que los comportamientos exigidos al propietario para la adquisición de las facultades urbanísticas no responden a la función social de la propiedad privada, que según ese mismo precepto despliega su acción en el momento posterior a dicha adquisición, condicionando su ejercicio. Así las cosas, los deberes legales que juegan como condición para la adquisición de las facultades urbanísticas podrán responder a fines o intereses legítimos, pero difícilmente encuadrables en el marco del normal funcionamiento del principio constitucional de la función social de la propiedad privada.

En definitiva, todos los datos aportados apuntan en la dirección de que la única forma de salvar la esencia dominical es admitiendo que el propietario, por el mero hecho de serlo, tiene un derecho originario a edificar e incorporar lo edificado a su patrimonio, el cual no le es concedido graciosamente por el Plan cuando hayan sido cumplidos los deberes legalmente fijados, sino que goza de carácter preexistente.

La solución que ahora proponemos puede deducirse en vía interpretativa de los dictados del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992. Este texto legal facilita suficientes razones para hacernos creer que no se ha producido una total desvinculación de la facultades urbanísticas respecto la propiedad inmobiliaria urbana.<sup>177</sup> Intentaremos demostrar si efectivamente ello es así.

La Ley del Suelo parece incurrir en una no poco trascendente contradicción. Mientras que la Sección 2ª del Capítulo III se abre bajo el título "Facultades urbanísticas" y mientras que el Art. 23 es precedido por la rúbrica "Facultades urbanísticas de la propiedad", el apartado 1 de este mismo precepto se desmarca de la línea doblemente reiterada cuando afirma que "el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria se integra mediante la adquisición sucesiva de los siguientes *derechos*:..."<sup>178</sup>

Dos son las posibles interpretaciones que en este contexto pueden darse a la utilización del término "derecho" para referirse a las facultades urbanísticas.

---

<sup>177</sup> De la misma manera se han manifestado, entre otros, los siguientes autores; VATTIER FUENZALIDA, CARLOS. "Propiedad privada y régimen del suelo", antes cit. pags. 2557 y ss. CHICO Y ORTIZ, JOSE MARIA. "La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad", antes cit. pags. 155 y ss. DELGADO-IRIBARREN NEGRAO, MANUEL y BALLESTEROS FERNANDEZ, ANGEL. "Comentarios a la Ley del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", antes cit. pags. 78 y 79. GONZALEZ PEREZ, JESUS. "Comentarios a la Ley del Suelo. Texto Refundido de 1992", antes cit. pag. 252. PERALES MADUEÑO, FRANCISCO. "El régimen urbanístico del suelo en la Ley de Reforma del Régimen urbanístico y de valoraciones del Suelo", antes cit. pags. 31 y 32. MERELO ABELA, JOSE MANUEL. "La Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", antes cit. pags. 20 y ss, 31 y ss. GALLEGU ANABITARTE, ALFREDO. "Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones. Expropiaciones y venta forzosa", antes cit. pags. 18 y ss. SORIANO GARCIA, JOSE EUGENIO. "Las facultades dominicales en la tercera Ley del Suelo", antes cit. pags. 131 y ss. MARTI MINGARRO, LUIS. "Reflexiones sobre el derecho de propiedad en la reforma de la Ley del Suelo", antes cit. pags. 269 y ss.

<sup>178</sup> El subrayado es nuestro y es utilizado principalmente para resaltar la evidente, a nuestro juicio, contradicción. Señala igualmente la existencia de esta contradicción, GONZALEZ PEREZ, JESUS. "Comentarios a la Ley del Suelo. Texto Refundido de 1992", antes cit. pag. 252.

Por una parte, se puede considerar que el uso de la expresión "derecho" se hace con la intención de señalar que urbanizar, obtener aprovechamientos urbanísticos, edificar e incorporar lo edificado al patrimonio personal no son facultades que sólo tengan sentido integradas en el contenido dominical, sino derechos autónomos que tienen existencia previa e independiente del contenido de la propiedad inmobiliaria urbana y que se incorporan solamente a éste cuando se cumplan los deberes legalmente establecidos.

Podría querer ello decir que las facultades urbanísticas son derechos de titularidad pública pertenecientes a la Administración y que son cedidos al propietario cuando, mediante el cumplimiento de los deberes legales, se haya garantizado que su acción va a ser promotora del interés público.

Sin embargo, esta tesis interpretativa no puede ser sostenida, por llevar a conclusiones que resultan inadmisibles en el actual marco constitucional. En primer lugar, si se admite que los derechos de contenido urbanístico son independientes y pertenecen a la Administración, la cesión de éstos al propietario convertiría a su derecho en una concesión.<sup>179</sup> Basta recordar que la titularidad pública es el requisito esencial para que se pueda otorgar una concesión.<sup>180</sup> En segundo lugar, de ninguna de las normas de la Ley del Suelo se puede deducir que ésta haya operado una demanialización de los derechos urbanísticos, incorporándolos al ámbito de la titularidad pública.<sup>181</sup> Si ello se hubiese pretendido, es

---

<sup>179</sup> El Tribunal Supremo parece darnos la razón, cuando en ST 24 Octubre 1985 (Cont-Adm) Cdo. 3º (RJA 5320) advierte que "el urbanismo, como normativa reguladora del uso del suelo, en modo alguno desconoce el derecho de propiedad privada, antes al contrario, lo presupone, porque en otro caso perdería relevancia la normativa ordenadora que comporta, sustituyéndose por una muy simple actuación administrativa sobre un suelo sustraído de la titularidad de los particulares".

<sup>180</sup> Analogamente, PERALES MADUEÑO, FRANCISCO. "El régimen urbanístico del suelo en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo", antes cit. pags. 31 y 32.

<sup>181</sup> Del mismo modo, VATTIER FUENZALIDA, CARLOS. "Régimen urbanístico de la propiedad del suelo", antes cit. pag. 2559.

lógico que así se dispusiera expresamente y, sin embargo, no existe ninguna declaración manifiesta en este sentido, análoga a las contenidas en otras Leyes que sí contemplan explícitamente supuestos de nacionalizaciones o demanializaciones, tales como los Arts. 3-6 de la Ley de Costas 22/1988 de 28 de Julio (BOE 29 Julio) y el artículo 1º.2 de la Ley 29/1985 de 2 de Agosto sobre Dominio Público Hidráulico.<sup>182</sup>

Rechazada esta solución interpretativa, la otra opción que resta consiste en entender que la utilización del término "derecho" efectuada por el Art. 23.1 TR es sintomática o indicativa de que asiste al propietario un auténtico derecho a urbanizar, a obtener aprovechamientos urbanísticos, a edificar e incorporar lo edificado al patrimonio personal. No se trata de que el titular dominical tenga derecho a adquirir las facultades urbanísticas cuando haya cumplido con los deberes legales.<sup>183</sup> Lo que pretendemos subrayar es que el propietario, por el mero hecho de serlo, goza de estas facultades que se muestran inherentes a su titularidad y que, por lo tanto, son preexistentes al momento del efectivo cumplimiento de los deberes legales.

Ahondando en el articulado de la Ley, pueden ser hallados variados y múltiples datos que parecen apuntar en la dirección ahora señalada.

Según el Art. 8 TR "la utilización del suelo y, en especial, su urbanización y

---

<sup>182</sup> VATTIER FUENZALIDA, CARLOS. *Ibidem.* Supra.

<sup>183</sup> Esta es una situación que solo podría acontecer si se admite una desvinculación de las facultades urbanísticas de la propiedad inmobiliaria. Efectivamente, cuando el propietario haya cumplido con los deberes legalmente establecidos, la Administración no puede negar, alegando una pretendida potestad discrecional, el derecho a integrar en el contenido dominical las facultades legítimamente adquiridas. En este sentido, DELGADO-IRIBARREN NEGRAO, MANUEL y BALLESTEROS FERNANDEZ, ANGEL. "Comentarios a la Ley del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", antes cit. pag. 79. Sin embargo, ésta es una posición que no seguimos, ya que consideramos que no resulta adecuado separar las facultades urbanísticas del contenido dominical de la propiedad inmobiliaria.

edificación, deberá producirse en la forma y con las limitaciones que establezcan la legislación de ordenación territorial y urbanística, y por remisión a ella, el planeamiento...". Como puede comprobarse, las facultades de urbanizar y edificar han de formar parte del contenido de la propiedad inmobiliaria urbana, pues resulta verdaderamente difícil que la Ley pueda orientar al propietario en la forma en que ha de proceder a la urbanización, edificación y utilización del suelo, si en realidad no tiene derecho a ello hasta el momento en que se hayan cumplido los deberes legales. La acción de la Ley y el Plan se proyecta *a posteriori* sobre el derecho a la utilización del suelo que previamente corresponde al propietario del mismo. Por consiguiente, estos instrumentos normativos modulan el ejercicio del derecho de urbanizar y edificar que asiste al titular dominical, pero no son condición de su adquisición originaria

Si realmente no existiese un derecho a las facultades urbanísticas previo al momento del cumplimiento de los deberes legales, no tendría sentido reconocer que el propietario es el único sujeto legitimado para disfrutar de ellas.<sup>184</sup> La llamada efectuada ya por la Ley de Reforma 8/1990 en su Preámbulo y articulado,<sup>185</sup> parece recogerse igualmente en el Art. 19 del Texto Refundido de 1992, cuando se fija únicamente para los propietarios la obligación de incorporarse al proceso de urbanizador y edificatorio, una vez aprobado el Planemaiento preciso.

---

<sup>184</sup> BASSOLS COMA, MARTIN. "Competencias estatales, autonómicas y locales en materia de urbanismo y vivienda en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", en AA.VV. "Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo", Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid 1991, pag. 34. PERALES MADUEÑO, FRANCISCO. "El régimen urbanístico del suelo en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo", antes cit. pag. 32. VATTIER FUENZALIDA, CARLOS. "Propiedad privada y régimen del suelo", antes cit. pag. 2559.

<sup>185</sup> Así, en el párrafo 3º del núm. I del Preámbulo a la Ley 8/1990 se disponía que los propietarios "son los llamados en primer término a realizar las tareas de urbanización y edificación". En la misma línea su Art. 8, cuya redacción no reproducimos ahora por haberse recogido intacta en el Art. 19 del Texto Refundido de 1992, citado a continuación en el texto.

Del mismo modo, carecerían también de sentido ciertos supuestos indemnizatorios que contempla la Ley. Este es el caso de ciertas expropiaciones no sancionadoras, motivadas por causas distintas al incumplimiento de los deberes legales, en las que a efectos de determinación del justiprecio se reconoce un valor que incorpora aprovechamientos urbanísticos, sin que el propietario hubiera cumplido o deba cumplir para ello deber alguno (Art. 32 TR).<sup>186</sup> A título ejemplificativo, podemos citar también el cálculo del justiprecio expropiatorio de los terrenos incluidos en una unidad de ejecución a desarrollar por el sistema de expropiación, en donde se reconoce un valor que incorpora el 75% o 50% del aprovechamiento tipo del área de reparto o definido por el Plan General, según se trate de suelo urbano o urbanizable programado (Arts. 173, 59 y 60 TR), sin que se requiera para ello la observancia de ningún tipo de deber.

Ha asistir, por lo tanto, al propietario un derecho a la obtención del aprovechamiento urbanístico. De lo contrario, atribuir un valor que incorpore éstos antes de cumplir los deberes legalmente exigidos, resultaría incongruente con la supuesta regla general que subordina la adquisición de las facultades urbanísticas al cumplimiento de los deberes legales.

La existencia de un derecho a los contenidos urbanísticos puede igualmente deducirse de las consecuencias que la Ley prevé para el caso de incumplimiento de aquellos comportamientos cuya realización exige al propietario.

Si no se llevan a cabo los comportamientos debidos, la Ley impone al titular dominical la sanción de la pérdida de las facultades urbanísticas, acompañada de la expropiación o venta forzosa del terreno objeto de propiedad (Arts. 206 y 207. TR). A la vista de este tipo de

---

<sup>186</sup> En este mismo entendimiento y para la Ley 8/1990, MERELO ABELA, JOSE MANUEL. "La reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", antes cit. pags. 21 y 22.

sanción, se puede concluir que la Ley se mueve en una línea de directa exigibilidad del comportamiento previsto. El propietario carece de libertad para decidir si lleva a cabo o no los comportamientos que se le imponen, ya que se le compele directamente a su realización, mediante la amenaza de una sanción tan grave como es la privación de las facultades urbanísticas y la expropiación del terreno de que se trate. De ahí que estemos de acuerdo en afirmar con DIEZ PICAZO y SUSTAETA ELUSTIZA<sup>187</sup> que la Ley del Suelo establece en sentido técnico y riguroso deberes y no cargas para la propiedad.<sup>188</sup>

Todo ello parece indicar que las facultades urbanísticas integran el contenido de la propiedad inmobiliaria urbana y corresponde al propietario el derecho a su ejercicio, puesto que si realmente careciese de éste, no tendría sentido que la Ley impusiese como sanción al incumplimiento de las conductas exigidas la pérdida de un derecho todavía no adquirido. Este tipo de sanción no tendría justificación alguna si realmente no asistiese al titular dominical

---

<sup>187</sup> DIEZ PICAZO, LUIS. "Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística", antes cit. pag. 254. SUSTAETA ELUSTIZA, ANGEL. "Propiedad y urbanismo", antes cit. pags. 286 y ss.

<sup>188</sup> De hecho la Ley califica como deberes y no como cargas aquellos comportamientos cuya realización se exige al propietario. Así, el Art. 19 TR habla del deber de los propietarios afectados de incorporarse al proceso urbanizador y edificatorio, el Art. 20 se refiere a los deberes legales para la adquisición gradual de facultades, el Art. 21 alude a los deberes legales de uso, conservación y rehabilitación, el Art. 26 subordina la adquisición del aprovechamiento urbanístico al cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización, etc. Prueba de que los deberes y obligaciones que consagra la Ley del Suelo son tales en sentido estricto, y no meras cargas, es la STS. 15 Diciembre 1992 (Civil) Fto. Jco. 2º (RJA 10494). En este caso, los recurrentes, por aplicación del art. 1483 Cc., pretendían la rescisión del contrato de compraventa de una determinada finca, por entender que se les habían ocultado las cargas y gravámenes que el Planeamiento Urbanístico imponía al ejercicio del derecho de propiedad sobre esa finca específica. El Tribunal Supremo rechaza tal pretensión, señalando que los comportamientos debidos que la Ley del Suelo o, por remisión de la misma, el Planeamiento imponen al propietario urbano constituyen auténticos deberes y obligaciones integrantes del ámbito de las limitaciones legales dominicales que configuran el contenido normal del dominio y que no pueden ser desconocidas por el comprador. Por este motivo, tales deberes y obligaciones no son identificables con las cargas y gravámenes a las que alude el art. 1483 Cc. Podemos concluir, pues, con el TS que efectivamente los comportamientos debidos exigidos al propietario urbano son deberes y obligaciones *stricto sensu* y no simples cargas, pues de lo contrario los efectos rescisorios del art. 1348 Cc. habrían de surgir cuando la existencia de los mismos no hubiese sido puesta de manifiesto en el contrato de compraventa.



un derecho a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico, a edificar y a lo edificado, en cuyo caso la realización de los comportamientos legalmente exigidos se mostraría únicamente como condición imprescindible para la producción de un determinado efecto jurídico, que no es otro que la adquisición de las correspondientes facultades urbanísticas.

Los comportamientos así exigidos podrían ser técnicamente clasificados como cargas. En estos hipotéticos supuestos, el propietario gozaría de libertad para decidir si cumple o no con lo que se le exige, habida cuenta de que la única consecuencia del incumplimiento no consistiría en la pérdida de lo que se tiene y posee, sino simplemente en la imposibilidad de adquirir unas facultades urbanísticas de las que inicialmente carece

Por consiguiente, es factible que las facultades urbanísticas integren originariamente el contenido de la propiedad inmobiliaria urbana, porque el incumplimiento de los comportamientos legalmente exigidos no desemboca simplemente en la imposibilidad de producir el efecto jurídico que se pretende (adquisición de facultades), sino en la sanción consistente en la privación de aquello que se ya se posee.

Finalmente, la vigencia de un derecho a las facultades urbanísticas preexistente al cumplimiento de los deberes legales también puede inferirse del régimen jurídico del suelo no urbanizable contenido en el Texto Refundido de 1992. Cuando se trata de este tipo de suelo, el propietario puede edificar sin tener que pasar por ninguna de las etapas que para ello fija la Ley en el Art. 23 y sin quedar la adquisición de este derecho sometida al cumplimiento de los deberes legales. Ahora bien, han de respetarse los requisitos fijados y contar con las autorizaciones exigidas en el Art. 16.3. de la misma Ley.<sup>189</sup>

---

<sup>189</sup> Resumiendo, sólo podrán construirse: a. edificaciones destinadas a explotaciones agrícolas. b. edificaciones o instalaciones de utilidad pública o interés social. c. edificios aislados destinados a vivienda familiar, en lugares en los que no exista posibilidad de formación de un núcleo de población,

En suma, a nuestro juicio, las facultades urbanísticas integran originariamente el contenido de la propiedad inmobiliaria urbana. Siempre que se mantenga esta tesis interpretativa, no habrá razón alguna para considerar que el Art. 23 TR atenta contra la esencia de este concreto tipo dominical.

Reafirmando la preexistencia de las facultades urbanísticas al cumplimiento de los deberes legales, se evita que la propiedad inmobiliaria urbana se transforme en un derecho desprovisto de toda sustancia básica, cuya única funcionalidad sea la de actuar como título que legitima la entrada al proceso en el que gradualmente se rellena esa estructura vacía mediante la adquisición sucesiva de los contenidos urbanísticos.

Aprobado el Planeamiento y calificado el suelo como urbano o urbanizable, es cierto que el propietario ya no puede dedicar sus terrenos a la obtención de aprovechamientos agrícolas o pecuarios porque si así lo hace será expropiado, pero, a diferencia de lo que acontecía cuando nos referíamos a la postura de los autores que defienden la separación de los contenidos urbanísticos de la propiedad inmobiliaria urbana, ese mismo propietario, por el mero hecho de serlo, tiene derecho a ejercitar las facultades urbanísticas que le corresponden, debido a que su tenencia o adquisición no depende de la observancia de los deberes legalmente establecidos, sino que es inherente a la titularidad dominical de que se trate.

Desde este punto de vista, el interés social al que inescindiblemente se liga el cumplimiento de los deberes legalmente establecidos, adquiere una funcionalidad distinta a la que resultaría atribuible si se mantiene la desvinculación de las facultades urbanísticas del contenido de la propiedad inmobiliaria urbana, ya que, obviamente, si se postula la

---

de acuerdo con el procedimiento establecido.

preexistencia de éstas, la observancia de los comportamientos debidos exigidos por la Ley ya no podrá actuar como condición de su adquisición originaria.

Con el objetivo de captar en toda su magnitud la funcionalidad que, en congruencia con los postulados constitucionales, adquieren el interés público y social en el marco de la vigente Ley del Suelo, nos vamos a centrar en el análisis de lo que acontece con el derecho a edificar que, al fin y al cabo, es, junto a la incorporación al patrimonio personal de lo edificado, el resultado en el que desemboca el proceso urbanizador.

Para dar una respuesta a esta cuestión hay que partir reconociendo que bajo el actual sistema jurídico, el poder que el ordenamiento otorga al propietario urbano para la satisfacción de su interés personal no puede ser tan amplio como en antaño.

En base al Art. 350 Cc.<sup>190</sup> durante largo tiempo, y hasta bien entrado el presente Siglo, se considera que el propietario tiene el derecho a edificar en la forma y tiempo que estime pertinentes y con plena libertad para decidir el volumen de sus edificaciones, incorporando por accesión a su patrimonio la totalidad de las plusvalías nacidas de la urbanización.<sup>191</sup> En este orden de cosas, las limitaciones motivadas por la intervención pública son raras y aisladas; las únicas existentes son aquellas enderezadas a la salvaguardia de las buenas relaciones de vecindad.

---

<sup>190</sup> El citado precepto dispone: "El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía". Sobre este tema, CARRASCO PERERA, ANGEL. "Ius aedificandi y accesión", antes cit. pags. 25 y ss, en donde se estudia la construcción codificada del ius aedificandi y la accesión.

<sup>191</sup> ROMERO GOMEZ, FEDERICO. "El respeto del contenido esencial de la propiedad urbana en el nuevo régimen urbanístico: criterios para el control jurisdiccional de la técnica del aprovechamiento tipo", antes cit. pags. 52 y ss.

Sin embargo, esta situación de libertad tendencialmente ilimitada puede considerarse derogada en el vigente ordenamiento jurídico. El Art. 33.2 exige que el derecho de propiedad sea ejercitado de conformidad con el interés social de la colectividad. En el ámbito de la propiedad inmobiliaria urbana, este genérico interés social se concreta en el mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos para que éstos promuevan una óptima utilización del suelo y una ordenación del territorio que permita hacer efectivo el derecho que todo ciudadano tiene a la vivienda e impida la especulación, garantizando a su vez la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos (Art. 47 CE).<sup>192</sup>

Esta intervención pública con la que nuestra Norma Fundamental pretende lograr la efectiva consecución de tan trascendentes finalidades sociales, suele traducirse en la imposición legislativa de deberes y obligaciones que limitan el libre ejercicio del derecho a edificar que corresponde al propietario. Así pues, entre otros factores, el desorden urbano, la escasez de viviendas, la especulación del suelo, y el mercado inmobiliario alcista han hecho que las intervenciones limitativas del *ius aedificandi* dejen de mostrarse como excepcionales para convertirse en normales y habituales.<sup>193</sup>

En suma, la facultad de edificar ya no puede ser concebida como una potestad ilimitada, susceptible sólo de restricciones ocasionales aisladas, sino solamente ejercitable

---

<sup>192</sup> Tal y como dispone el Art. 47 CE, "Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística". Respecto la concepción de este precepto como una concreción de las finalidades generales que se plantea conseguir el Art. 33.2 CE., Vid. LASO MARTINEZ, LUIS. "Derecho Urbanístico", Tomo III, antes cit. pag. 28 y ss. ESCRIBANO COLLADO, PEDRO. "La propiedad privada urbana. Régimen y encuadramiento", antes cit. pags. 134 y 135.

<sup>193</sup> VATTIER FUENZALIDA, CARLOS. "Propiedad privada y régimen del suelo", antes cit. pag. 2548.

dentro del respeto a los límites legislativamente fijados.<sup>194</sup> En última instancia, ello supone que el propietario sigue teniendo el derecho a edificar, pero ya no puede ejercitarlo en la forma y tiempo que estime pertinente, ni podrá dotar a sus edificaciones del volumen que desee, ni tendrá derecho a adquirir la totalidad de las plusvalías derivadas de la urbanización.<sup>195</sup>

Desde esta perspectiva ha de comprenderse el sentido atribuible al Art. 23 del vigente Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. En nuestra opinión, dicho precepto no contempla en sentido estricto un proceso gradual de adquisición de las facultades urbanísticas. Antes de iniciar este procedimiento, el propietario posee ya el derecho a edificar, pero en ese momento éste se muestra con unos contornos abstractos, poco

---

<sup>194</sup> Como reconoce el Tribunal Supremo, refiriéndose incluso a un momento anterior a la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, "A partir de 1956, el derecho de propiedad dejó de ser el derecho ilimitado a usar y abusar del suelo para pasar a ser un derecho estrictamente limitado en su contenido a lo que en cada caso se determinara para cada porción de territorio". Vid. STS. 2 Febrero 1990 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 4º (RJA 967). Por otra parte, en STS 21 Abril 1980 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 2578) ya se sostenía que "el derecho de edificar consagrado en el art. 350 del C. Civ. no es libre en su ejercicio". En la misma línea STS 24 Septiembre 1986 (Cont-Adm) Fto. Dcho 3º (RJA 5980). Igualmente en la doctrina, GONZALEZ PEREZ, JESUS. "Comentarios a la Ley del Suelo. Texto Refundido de 1992", antes cit. pags. 84 y 85.

<sup>195</sup> Siguiendo con la alusión a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en esta materia, véase a título ejemplificativo SSTS 13 Octubre 1981 (Cont-Adm) Cdo. 3º (RJA 4148) y 26 Febrero 1982 (Cont-Adm) Cdo. 2º (RJA 1640). En este sentido merece ser destacada también la STS 4 Junio 1980 (Cont-Adm) Cdo. 1º (RJA 3143), en donde se admite que "a los propietarios de solares corresponde el derecho a edificar en los mismos, pero no con arreglo a la concepción tradicional de la propiedad, en cuanto atribuya derechos absolutos sobre los bienes, sino ejerciendo sus facultades dominicales en la referida materia dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en la Ley del Suelo o en los Planes de Ordenación". No obstante, esta firmeza manifestada por el Tribunal Supremo reconociendo que, aunque limitado en su ejercicio, el derecho integra el contenido del derecho de propiedad, no se aprecia en otras resoluciones en donde, incluso, se adoptan posturas contradictorias. Así, en STS 22 Junio 1981 (Cont-Adm) Cdo. 5º (RJA 2728) se dice "aunque es cierto que el ius aedificandi aparece en la realidad jurídica actual dissociado del dominio del suelo y como tal delimitado y definido por el Planeamiento, no puede, sin embargo, mantenerse que todas las facultades que integran la propiedad urbana derivan o son manifestación del plan de ordenación urbanística...". Por otra parte, en la STS 20 Septiembre 1983 (Cont-Adm) Cdo. 8º (RJA 5279), luego de admitir que la actuación urbanística se basa en la Planificación, se sostiene que "a través de esta instrumentación el ejercicio del ius aedificandi deja de ser una cuestión privada para convertirse en una función social que la Administración debe tutelar y regular, en forma reglada".

definidos y delimitados. Gráficamente hablando, se podría decir que con anterioridad a la puesta en marcha del proceso urbanizador legalmente previsto, el *ius aedificandi* se encuentra en un estado puro y bruto, rodeado de impurezas que pueden dañar el interés social al que inescindiblemente se liga el ejercicio de la propiedad inmobiliaria urbana.

Una vez aprobado el Planeamiento urbanístico, el propietario se incorpora al proceso urbanizador y edificatorio, debiendo mantener el ejercicio de su derecho a edificar dentro del cauce que le señala la Ley, el cual lleva siempre hacia la consecución del interés social de la colectividad. Ahora bien, este cauce no puede ser recorrido de cualquier forma, sino necesariamente de una manera precisa y en un tiempo determinado, es decir, transcurriendo por las etapas legalmente establecidas y de acuerdo con el programa temporal fijado por el Plan.<sup>196</sup>

Para pasar de una etapa a otra es necesario que el propietario lleve a cabo aquellos comportamientos cuya realización exige la Ley.<sup>197</sup> Los deberes legales son los principales

---

<sup>196</sup> Así, la primera fase está representada por el derecho a urbanizar (Arts. 23.1a, 24 y 25 TR) y consiste en ir preparando el terreno sobre el que se va a materializar el derecho a edificar, dotándolo de los servicios e infraestructuras precisas. En la segunda etapa, aquel abstracto *ius aedificandi* inicial adquiere unos contornos precisos y un contenido específico, fruto de la individualización de las utilidades susceptibles de patrimonialización (Arts. 23.1b, 26 y ss. TR). En la tercera etapa, el contenido específico del *ius aedificandi* se materializa alcanzando realidad física (Arts. 23.1c, 33 a 36 TR). En la cuarta y última fase, puede incorporar a su patrimonio aquella realidad física (edificio) en la que se materializa el contenido reconocido a su derecho a edificar (Arts. 23.1d, 37 a 41 TR).

<sup>197</sup> La existencia de estos comportamientos debidos no se explica en base a su conceptualización como un precio que el propietario ha de pagar en contraprestación a los contenidos artificiales gratuitamente adquiridos. Los deberes legales no son conductas que el titular dominical haya de realizar como pago a la atribución gratuita de lo que antes no se tenía, sino como compensación al aumento del valor de lo que ya se tenía con anterioridad al proceso urbanizador. A diferencia de lo que ocurre en el caso de la propiedad agraria, como indica MARTIN MATEO, "los precios de los terrenos y a la postre de las viviendas en ellos construídas, no están en función de sus características intrínsecas, ni de los beneficios de sus detentadores dependen de su laboriosidad productiva. Son circunstancias exógenas las que determinarán los valores en juego. No es el crecimiento de las cosechas lo que influye aquí en el precio de la tierra y en los ingresos de su titular, sino el crecimiento de la ciudad y la mejora de su equipamiento. Vid. MARTIN MATEO, RAMON. "Sobre el carácter artificial de la propiedad

encargados de dirigir al propietario en su recorrido através del cauce legal, para asegurar que en ninguna de sus etapas no va a haber ninguna desviación que lleve a un destino incompatible con la efectiva realización del interés social de la colectividad.

Para alcanzar este objetivo, la Ley podría haber optado por la imposición de meros límites negativos que impidiesen al titular dominical la realización de determinados comportamientos antisociales. Ahora bien, mediante la imposición de auténticas obligaciones positivas "de hacer" se garantiza en un mayor grado la adecuación de los comportamientos del propietario a los fines sociales. De este modo, no sólo se evita que se proceda antisocialmente (en contra del interés social), sino que se actuará en su favor, impulsando su efectiva realización.

Cumplidos los deberes y finalizado el procedimiento, el abstracto *ius aedificandi* inicial adquiere unos contornos precisos y un contenido específico, fruto de la individualización gradual de las utilidades susceptibles de apropiación privada, que se materializa en una concreta y tangible realidad física (edificio), siendo este un proceso en el que se han purgado las impurezas de contenido antisocial a las que podría dar lugar el libre ejercicio del derecho a edificar.

Así las cosas, podemos concluir que el Art. 23 no contempla un proceso de adquisición gradual de las facultades urbanísticas, sino un procedimiento con cuya articulación se trata de impedir que el derecho a edificar se ejercite en un manera egoísta y contraria al interés social de la colectividad.<sup>198</sup> Este procedimiento, supone, pues, una homologación en sentido

---

del suelo urbano", en REDA, núm. 19, Octubre-Diciembre de 1978, pags. 516 y 517.

<sup>198</sup> En este sentido el Tribunal Supremo (ST. 10 Abril 1984 (Cont. Adm) Cdo. 1º RJA 1987) considera que la intervención de la Administración en el ámbito del ejercicio del derecho de propiedad privada inmobiliaria urbana se traduce en "limitaciones correctoras de los excesos de una concepción

social de la actividad y comportamiento del propietario inmobiliario urbano.

Se asigna de esta manera una nueva funcionalidad a los deberes y obligaciones legalmente establecidos, porque, desde esta perspectiva, su incumplimiento no puede ser considerado como condición imprescindible para la adquisición de las facultades urbanísticas, sino como límite y restricción de carácter social a su libre ejercicio.<sup>199</sup> A nuestro juicio, la función que han de asumir los deberes que establece la Ley de Suelo es modular y orientar en sentido social el ejercicio de las facultades que forman parte del contenido de la propiedad inmobiliaria urbana.

Si se admite esta postura, no habrá razón alguna para mantener que la Ley del Suelo atenta contra la esencia dominical de la propiedad privada inmobiliaria urbana, porque las limitaciones y deberes en ella recogidos responden a la conformación y delimitación en sentido social de su contenido normal, lo que no pone en peligro la permanencia de aquellas

---

individualista, en aras de una mayor solidaridad entre los miembros de una misma comunidad, que es lo que ha dado origen a la moderna concepción social del Derecho de propiedad, y a su carácter estatutario".

<sup>199</sup> La prueba de la nueva funcionalidad atribuible a los deberes y obligaciones contenidos en la Ley del Suelo podría constituirse la manera en que verdaderamente actúan algunos de ellos. Tal sería el caso de la Licencia para edificar y el deber de solicitarla en los plazos previstos, pues como reiteradamente subraya el Tribunal Supremo "la licencia que se otorga no concede al administrado ningún derecho que éste no tuviere con anterioridad, pues lo único que hace la Administración Municipal al ejercer esta potestad es autorizar la realización de un derecho ya existente en el patrimonio del administrado, una vez que ha quedado asegurado que la forma de disfrutarlo es acorde con las disposiciones de carácter general que de alguna manera limitan, condicionan o pautan su ejercicio". Parece pues que se está reconociendo que el *ius aedificandi* forma parte del contenido del derecho de propiedad, pero que, sin embargo, éste no se puede ejercitar de cualquier forma, sino con respeto a los límites, deberes y obligaciones legalmente prescritos, cuyo cumplimiento no podrá ser visto ya como condición necesaria para la adquisición de las facultades urbanísticas, sino como restricción de carácter social a su libre ejercicio. Vid. sobre esta cuestión, entre otras, SSTs 26 Septiembre 1980 (Cont-Adm) Cdo. 4º de la sentencia apelada que se acepta (RJA 3456), 18 Enero 1984 (Cont-Adm) Cdo. 6º (RJA 133), 22 Septiembre 1987 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 1º (RJA 7746), 10 Abril 1990 (Cont-Adm) Fto. Dcho. 2º (RJA 3593), 26 Febrero 1992 (Cont-Adm) Fto. Dcho 4º (RJA 3018).



posibilidades de actuación o facultades que son absolutamente necesarias para que el citado derecho pueda seguir siendo reconocible como un poder que el ordenamiento jurídico concede al titular dominical para la satisfacción preferente de su interés privado o individual, el cual se halla protegido jurídicamente *per se* y no en tanto que medio para la realización del interés público o social.<sup>200</sup>

Reafirmando la preexistencia del derecho a edificar al cumplimiento de los deberes fijados por la Ley del Suelo, se puede concluir que en ningún instante del proceso urbanizador y edificador el propietario actúa exclusivamente en la procura del interés social o público. Por el contrario, a lo largo del mismo se aprecia un ponderado equilibrio entre ambos que es perfectamente reconducible al sentido último de la ordenación jurídico-urbana y encuadrable en los postulados básicos que presiden la acción del principio constitucional de la función social.

Se aleja así el riesgo de confundir a la propiedad inmobiliaria urbana con otras figuras jurídicas distintas que, como la concesión o la función pública, nacen expresamente para la satisfacción del interés ajeno y no propio de su titular.

En resumidas cuentas, el principio constitucional de la función social legitima a la Ley del Suelo para delimitar el ejercicio, alcance y amplitud de las facultades urbanísticas. Las limitaciones así efectuadas no constituyen una vulneración de la esencia de la propiedad inmobiliaria urbana, sino una intervención conformadora de su contenido normal, llevada a cabo con la finalidad de evitar que su ejercicio se convierta en una obstáculo a la realización del interés general o social de la colectividad.

---

<sup>200</sup> SSTC. 11/1981 de 8 de Abril (Fto. Jco. 10º), 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º), 196/1987 de 11 de Diciembre (Fto. Jco. 5º) y 89/1994 de 17 de Marzo (Fto. Jco. 4º).

Pero, sin embargo, en ningún caso la llamada a este principio constitucional puede permitir al legislador disponer de la existencia de las facultades urbanísticas, si no quiere ver anulada su labor como inconstitucional, por incurrir en una violación del contenido esencial de la propiedad inmobiliaria urbana.<sup>201</sup>

Por consiguiente, la garantía constitucional del contenido esencial actúa como una barrera frente a las intervenciones legislativas que, siendo aparentemente conformadoras del contenido normal de la propiedad inmobiliaria urbana, encubran una limitación que reduzca a la nada la existencia de este derecho, sometiéndolo a una restricción que lo haga impracticable o dificulte su ejercicio más allá de lo razonable.

En suma, el respeto del contenido esencial garantiza que los deberes y obligaciones contenidos en la Ley del Suelo respondan en realidad a la delimitación del contenido normal de la propiedad inmobiliaria urbana y no cobijen en su seno intervenciones que pretendan definir la naturaleza y estructura que este tipo dominical haya de revestir en cada supuesto concreto.

No cabe duda de que toda esta tesis podrá venirse abajo cuando se defienda que el

---

<sup>201</sup> En palabras del Tribunal Supremo (SSTS 21 Febrero 1981 (Cont-Adm) Cd. 1º (RJA 1147) y 5 Mayo 1981 (Cont-Adm) Cdos. 2º y 3º (RJA 2023) "por mucho que se enfatice sobre la mutación sufrida por el derecho de propiedad en materia urbanística, hasta convertirse en un derecho de los llamados estatutarios, su declinación, respecto del sentido que ha tenido en sus momentos de mayor esplendor, en los que le estaba permitido, en su ejercicio, hasta el "ius abutendi", no puede llegar al extremo de reducirlo a un derecho inerte, totalmente sometido a cuantas prohibiciones y limitaciones tengan a bien adoptar las distintas autoridades administrativas, por rectas que sean sus intenciones, y no puede llegar a estos extremos porque la propiedad del particular sigue siendo algo más que una simple función pública o social, puesto que conserva su núcleo primario de derecho subjetivo, uno de los principales que integran la constelación de derechos de la personalidad, amparado en la cobertura legal que le proporciona el C. Civ. (arts. 348, 349, 350) y la propia Constitución Española (art. 33)". De manera semejante, BARNES VAZQUEZ, JAVIER. "La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", antes cit. pag. 323. En la misma línea, GONZALEZ PEREZ, JESUS. "Comentarios a la Ley del Suelo. Texto Refundido de 1992", cit. pag. 118.

Texto Refundido de 1992 ha separado definitivamente los facultades urbanísticas del contenido de la propiedad inmobiliaria urbana. En nuestra opinión, si ello fuera así y no existiese una vía de escape que, como la que nosotros proponemos, permita interpretar el Art. 23 TR de conformidad a la Constitución y a la garantía de la esencia dominical allí recogida, el legislador de 1992 habrá incurrido en una violación del contenido esencial de la propiedad inmobiliaria urbana al disponer de la existencia de aquellas facultades o posibilidades de actuación cuya presencia es absolutamente necesarias para que el derecho citado pueda seguir siendo reconocible como perteneciente al tipo dominical, sin que tenga que pasar a quedar comprendido en otro distinto, desnaturalizándose, por decirlo así.<sup>202</sup>

---

<sup>202</sup> SSTC 11/1981 de 8 de Abril (Fto. Jco. 10), 37/1987 de 26 de Marzo (Fto. Jco. 2º), 196/1987 de 11 de Diciembre (fto. Jco. 5º) y 89/1994 de 17 de Marzo (Fto. Jco. 4º).

## **CONCLUSIONES**

## I

La presencia de normas de Derecho Privado en un Texto Constitucional es el resultado de una transformación en las Constituciones modernas que transcurre paralela a la crisis del individualismo jurídico y alcanza su cénit, tras la Revolución Bolchevique de 1917, con la Constitución alemana de WEIMAR de 1919, en donde, por vez primera, y con la pretensión de crear un orden jurídico, económico y social justo, se entra a regular jurídicamente no sólo la organización del Estado y las relaciones de éste con los ciudadanos, sino también las relaciones de los particulares entre sí, produciéndose, de este modo, la denominada constitucionalización del Derecho Privado.

## II

Como efecto de la constitucionalización del Derecho Privado, a partir de la Constitución alemana de 1919 y, particularmente, desde el Texto Fundamental italiano de 1948 y la Grundgesetz de 1949, las Constituciones adquieren una dimensión distinta a la que tenían en el Siglo XIX, pues se convierten en una sólida garantía frente a los poderes económicos fácticos de la sociedad civil, dejando de ser sólo respuesta al despotismo político para comenzar a serlo también al despotismo económico.

## III

Una de las consecuencias más trascendentales del fenómeno de la Constitucionalización del Derecho Privado radica en el cambio operado en la delimitación del ámbito del Derecho normal y excepcional.

Durante el Siglo XIX, los límites a la propiedad privada eran vistos como interferencias ocasionales que, por quebrantar los principios generales de libertad y plena autonomía privada, integraban el Derecho excepcional. Por esta razón, las leyes que los contenían

carecían de *vis expansiva* o atractiva. Tras el cambio acaecido desde la Constitución de Weimar la limitabilidad del ejercicio de las facultades dominicales ha dejado de ser una excepción aislada para convertirse en una regla general en nada discordante con los principios fundamentales hoy vigentes en nuestro ordenamiento. De este modo, las leyes restrictivas de la libertad dominical resultarán perfectamente residenciabiles en el ámbito del Derecho normal y, por consiguiente, su aplicación podrá hacerse extensiva a otros supuestos similares no contemplados normativamente.

#### IV

La crisis en la que desembocaron las propias conquistas y victorias del orden liberal exigía, de modo similar a lo que aconteció en el fin del *Ancien Régime*, un replanteamiento de las relaciones dominicales que diesen término al exacerbado individualismo, mediante la introducción de correctivos en sentido social-comunitario. Con esta intención se pontencia definitivamente la presencia del Estado en la vida privada y se considera como una necesidad perentoria la sujeción del derecho de propiedad a Derecho.

#### V

Con el ocaso del orden liberal y el nacimiento de una nueva forma de Estado que propugna como valor fundamental la realización del interés social, los límites a la propiedad privada son cuantitativamente mayores y cualitativamente distintos.

#### VI

En el orden liberal los límites se caracterizaban por ser aisladas excepciones que restringían y acotaban los poderes dominicales desde el exterior, mediante la imposición de deberes negativos que eran directa manifestación de la denominada obligación pasiva universal y que, por lo tanto, se configuraban exclusivamente como mecanismos para la

solución de los conflictos interindividuales en beneficio de la misma propiedad. En el Estado Social, los límites dominicales se caracterizan por ser manifestación de un principio con valor general y delimitan, moldeándolo desde su interior, el contenido del derecho, incluso mediante la imposición de deberes positivos ligados inescindiblemente a la procura del interés social, mostrándose, por consiguiente, como instrumentos que atienden a la solución de un conflicto prácticamente inexistente desde los planteamientos teóricos originarios del liberalismo económico: aquél que se plantea entre el interés del propietario y el interés social de la entera colectividad.

## VII

Es cierto que la adscripción a la propiedad privada de una función social ha supuesto una reducción de la esfera de libertad que los ordenamientos decimonónicos reconocían al propietario. Sin embargo, no es menos cierto que tales limitaciones se establecen en beneficio de la propia libertad. Ahora bien, no en beneficio de la libertad de unos pocos privilegiados detentadores del capital, sino en pro de la libertad de la entera colectividad, sin efectuar distinciones de clases. La más justa distribución de la riqueza a la que lleva el principio de la función social, evita que el poder sobre las cosas se convierta en autoridad sobre las personas y que la propiedad vuelva a ser, como en antaño, instrumento de dominación y sometimiento de los débiles. Por este motivo, puede considerarse al Art. 9.2 CE (que ordena a los poderes públicos la remoción de los obstáculos que impidan la efectiva realización de la libertad e igualdad material) como el marco en el que se desenvuelve la constitucionalización del Derecho Privado y se ubican las restantes disposiciones constitucionales que delimitan la acción del principio de la función social.

## VIII

Bajo el vigente ordenamiento constitucional, la propiedad privada no se ha convertido

en una función, sino que sigue siendo un auténtico derecho subjetivo, aunque ya no reconducible a su tradicional concepción liberal-individualista. La acción de la función social no impide radicalmente la efectiva satisfacción, ni ignora la protección jurídica de la que es merecedora el interés privado del propietario, sino que solamente pretende atemperar, orientar y moldear su ejercicio con el fin de evitar que éste se lleve a cabo de forma totalmente incompatible con el interés social de la comunidad, ahora también jurídicamente protegido en el seno de las relaciones dominicales.

## IX

De lo que hay necesidad en el momento actual es de coordinación entre la perspectiva individual-subjetiva y social sin exclusiones en nombre de ninguna de ellas. Por lo tanto, la propiedad privada no es una función social, sino que debe cumplir y desempeñar en su ejercicio una función social.

## X

Derecho subjetivo de propiedad y función social son perfectamente compatibles. En el Estado de Bienestar proclamado por la CE 1978, el derecho subjetivo dominical se redimensiona en su esencia adquiriendo una nueva manera de ser comprendido, debido a la mutación que, por efecto de la vinculación al principio de solidaridad social, experimentan sus rasgos definitorios e identificativos. Esta solución de compatibilidad a la que llegamos sólo podrá ser rechazada por quienes nostálgicos de tiempos ya pasados sigan viendo en la propiedad un poder subjetivo de disposición tendencialmente ilimitado, en cuyo interior no tienen cabida límites y obligaciones que restringan la plena libertad del titular dominical.

## XI

El advenimiento del Estado de Bienestar y la incorporación de límites, deberes y



obligaciones de sentido social en el contenido del derecho de propiedad ha supuesto una aguda mutación en la configuración jurídica del derecho subjetivo dominical. Es por este motivo, por lo que no parece adecuado intentar reconducir una transformación de semejante enjundia a través de la construcción nuevos conceptos jurídicos o la utilización de meros adjetivizaciones que se añadirían al sustantivo derecho subjetivo de propiedad, actuando como correctivos de su concepción decimonónica y justificando, de este modo, su nuevo posicionamiento en el orden jurídico actual. Admitiendo que es el mismo derecho subjetivo dominical lo que ha cambiado, sufriendo un giro coopernico en su concepción tradicional, nos ahorramos ulteriores problemas de conceptuación.

## XII

Aunque resulte generalmente admitido que el Código Civil está en crisis por haber sido destronado, desbordado y parcialmente desinformado, el Art. 348 Cc. no está obligado a permanecer en la más absoluta obsolescencia práctica. La disciplina contenida en este precepto sólo será un fósil jurídico totalmente inservible cuando ésta sea examinada desde las clásicas y ya superadas doctrinas dominicales individualistas inherentes a la ideología liberal burguesa que lo alumbró e inspiró la forma de comprender su significado durante largos años. La manera de mantener con plena vigencia el Art. 348 es interpretando el sentido de sus palabras de acuerdo con la Constitución, siendo la expresión "sin más limitaciones que las establecidas en las leyes" una "puerta abierta" dejada por el legislador por la que pueden penetrar las nuevas orientaciones sociales recibidas en la vigente Norma Fundamental.

## XIII

La mediación legislativa es condición general de la operatividad de la función social. Condición general que, sin embargo, no ha de ser interpretada restrictivamente como sinónimo de la completa subordinación de la acción del interés social a una previa ley que

determine sus exigencias para cada caso concreto. Si así fuese la efectividad de la función social se vería enormemente menguada, ya que no podría desplegar ningún efecto a falta de expresa previsión legislativa y, en consecuencia, la cualificación jurídica y estructura interna del derecho de propiedad en nada habría cambiado con el paso del orden liberal al Estado Social de Bienestar, lo que supondría prolongar la vigencia de los esquemas dominicales propios del individualismo jurídico.

#### XIV

La función social no es un principio aislado y discordante con la dirección en la que se mueve el discurso constitucional, sino manifestación en el ámbito dominical de ese intenso espíritu socializante (no socialista) que invade la Constitución y empapa los pilares básicos del orden que se persigue instaurar con su promulgación. En esta inteligencia, entendemos que la función social instrumentaliza en el marco de las relaciones propietarias los valores superiores que propugna nuestro Estado Social y Democrático de Derecho (Art. 1.1 CE), estableciendo, de este modo, las bases de un orden jurídico-patrimonial socialmente justo.

#### XV

La reserva de ley que la Constitución establece como condición para la delimitación del contenido del derecho de propiedad por obra de la función social no constituye sólo un límite a la acción normativa gubernamental, sino también un límite de la propia libertad del legislador, quien, debido al pleno sometimiento a la Constitución, se ve obligado a regular el fondo de la materia que se le ha confiado, no pudiendo renunciar a la potestad legislativa constitucionalmente encomendada, defiriendo a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado.

## XVI

La llamada efectuada por la Constitución a la ley para delimitar el contenido del derecho de propiedad por razón del interés social, supone confiar esta materia al juego de las mayorías-minorías parlamentarias, garantizándose el debate y pluralismo ideológico, así como la mayor representatividad de las decisiones políticas que normalmente acompañan a las operaciones de concrección de la función social. Evitar que la función social pueda convertirse en "pantalla" que sirva para ocultar conductas arbitrarias y discrecionales es uno de los objetivos fundamentales que el constituyente de 1978 pretende alcanzar con la remisión a la ley para la determinación de las exigencias derivadas de la misma.

## XVII

Desde su incorporación a los Textos Constitucionales hasta el momento presente, la función social ha experimentado una evolución que gráficamente podría ser descrita a modo de movimiento pendular. De la inicial reticencia a la aplicación de la función social, en tanto que cláusula excesivamente general que planteaba el riesgo de ocultar conductas discrecionales o arbitrarias, se ha pasado a considerar su acción como algo obvio, hasta tal punto de pretender ver en ella un título de legitimación que, en todo caso, aseguraría la licitud constitucional de las intervenciones legislativas que se digan adoptar en su concrección. Ante tal obviedad, se ha reavivado en determinados círculos doctrinales y jurisprudenciales un cierto rechazo con respecto al desmesurado margen de actuación que hoy se concede a la función social sobre determinados tipos dominicales (vgr. propiedad inmobiliaria urbana) que, a nuestro modo de ver, es posible genere en un futuro no muy lejano una regresión que termine por restringir la acción de las exigencias sociales, retornando paulatinamente a su posición inicial el imaginario péndulo al que antes aludíamos.

## XVIII

Frente al legislador la función social presenta una doble faz. Por un lado, se muestra como un título que habilita a la ley para delimitar el contenido del derecho de propiedad. Pero, por otro lado supone, simultáneamente, un límite a las operaciones delimitadoras del contenido dominical, pues el legislador no puede valerse de la cláusula de la función social para justificar y, en consecuencia, pretender dotar de legitimidad constitucionalidad a aquellas intervenciones que persigan la realización de fines distintos a los que se dirige su constitucionalización.

## XIX

La efectiva realización de fines supraindividuales de carácter solidarístico ubicables en el marco de la consecución del bienestar económico y social de la entera colectividad no es la única condición, ni requisito bastante para concluir sin más la validez constitucional de las leyes que delimiten el contenido del derecho de propiedad, invocando la función social que éste ha de cumplir en su ejercicio. En el desarrollo de esta labor, el legislador ha de respetar también las garantías mediante la cuales se articula el sistema de protección constitucional de la propiedad privada. Destacan principalmente: el valor normativo constitucional, la garantía institucional (Art. 33.1 CE) y el contenido o núcleo esencial (Art. 53.1 CE).

## XX

El simple hecho del reconocimiento por parte de nuestra Norma Fundamental dota a la propiedad privada de un valor normativo constitucional que la sitúa en la cúspide del ordenamiento jurídico, gozando así de una mayor protección que es resultado del superior rango jerárquico que posee la Constitución frente a las leyes ordinarias. Se trata de una garantía estrictamente formal que se desenvuelve en el nivel más básico de la protección constitucional, siendo común a todos los derechos constitucionalmente reconocidos, pero no

por ello desmerece su consideración como límite frente a las intervenciones legislativas que pretendan justificarse en la realización del interés social de la colectividad.

## XXI

La garantía institucional respresenta una técnica de protección de contenido ordinamental objetivo, pues su finalidad es asegurar la pervivencia de la institución dominical en nuestro ordenamiento, no alcanzando sus efectos a todas y cada una de las titularidades subjetivas. Este tipo de garantía reviste a su vez un carácter no estrictamente formal, ya que su vigencia no es una consecuencia automática del mero reconocimiento constitucional de la propiedad privada, sino que tiene su origen en la voluntad del constituyente, quien considera a la misma como una institución de existencia necesaria (ineliminable) para asegurar la integridad del orden por él trazado, porque, a su juicio, se trata de un elemento estructural del edificio constitucional en el que encuentran fundamento y sentido otros principios e instituciones constitucionalmente reconocidas.

## XXII

El contenido esencial respresenta una garantía material-subjetiva que no pretende asegurar la pervivencia de la institución dominical en abstracto, sino una configuración jurídica concreta del derecho de propiedad en su vertiente individual-subjetiva, frente a una potencial perversión en la interpretación de la reserva de ley contenida en el Art. 33.2 CE que dé lugar a intervenciones abusivas capaces de convertir a la propiedad privada en una mera entelequia jurídica desprovista de todo contenido sustantivo que, por carecer de posibilidades efectivas de ejercicio real, impida a los propietarios la satisfacción de su propio interés jurídicamente protegido *per se*, y no como simple medio del interés social, bajo el derecho subjetivo del que son titulares.

## **BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

ABENDROTH, WOLFGANG; "El Estado de Derecho Democrático y Social", en AA.VV. *"El Estado Social"*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986.

AGUILAR DE LUQUE, LUIS; "Los límites de los derechos fundamentales", en *RCEC*, núm.14, Enero-Abril 1993.

AGUNDEZ FERNANDEZ, ANTONIO; *"Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos"*. Ed. Comares, 2ª Edición, Granada 1994.

ALBALADEJO, MANUEL; *"Compendio de Derecho Civil"*, Ed. Bosch, Barcelona 1983.

- *"Derecho Civil."* Derecho de bienes. Tomo III, Vol. I, Parte General y Derecho de propiedad. Ed. Bosch, Barcelona 1989.

ALEJANDRE GARCIA, JUAN A DE; *"Temas de Historia del Derecho: Derecho del constitucionalismo y la Codificación"* (I). Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 1978.

ALONSO GARCIA, ENRIQUE; *"La interpretación de la Constitución"*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984.

ALONSO PEREZ, MARIANO; "Las relaciones de vecindad". *ADC*, 1983 Tomo 36 I, Abril-Junio.

- "La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas", *AC*. núm. 22 1994.

ALPA, GUIDO; "Intervención en el Congreso de Camerino". Actas de las sesiones publicadas bajo el título *"Crisi dello Stato Sociale e contenuto minimo della proprietà"*. Atti del convegno Camerino 27-28 Maggio 1982. Ed. Università degli Studi di Camerino, Napoli 1983.

- *"Compendio del nuovo Diritto Privato"*. Ed. Utet, Torino 1985.

ALVAREZ CAPEROCHUPI, JOSE ANTONIO; *"Curso de derechos reales"*. Propiedad y posesión. Ed. Cívitas, Madrid 1986.

ALVAREZ CONDE, ENRIQUE; *"Curso de Derecho Constitucional"*, Vol I. El Estado Constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades. Ed. Tecnos, Madrid 1992.

ANGEL YAGÜEZ, RICARDO; *"Comentario al Código Civil"*, Art. 7.2. Tomo I, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General de Publicaciones, Madrid 1991.

- *"Una teoría del Derecho. (Introducción al estudio del Derecho)"*. Ed. Cívitas, Madrid 1993.

ARAGON REYES, MANUEL; "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de propiedad privada. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Anadaluza de Reforma Agraria", en *Cuadernos y Debates*, nº 10. Monográfico Reforma Agraria. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988.

ARCE Y FLOREZ-VALDES, JOAQUIN; *"El derecho civil constitucional"*. Ed. Civitas, Madrid 1986.

- *"Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional"*. Ed. Cívitas, Madrid 1990.

ARECHEDERRA ARANZADI, LUIS IGNACIO; "Propiedad y constitución de servidumbres. (Una reflexión a propósito del artículo 540 del Código Civil)", en AA.VV *"Centenario del Código Civil"* Tomo II. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1990.

ARGULLOL MURGADAS, ENRIQUE; "Los proyectos de delimitación del suelo urbano: una nueva figura urbanística", en *REDA*, núm. 20 Enero-Marzo de 1979.

ARROYO GARCIA, JUAN / CHOROT NOGALES, FRANCISCO / LLISSET BORREL, FRANCISCO / LOPEZ PELLICER, JOSE A; *"Comentarios a la Ley del Suelo y sus Reglamentos"*. Tomo I. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Ed. Abella, Madrid 1987.

ASCARELLI, TULLIO; "Proprietà e controllo della ricchezza", in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* Anno IV 1950.

- "Ordinamento giuridico e realtà sociale", en *"Il Diritto nella società moderna"*. Saggi a cura di Stefano Rodotà, Ed. Il Mulino, Bologna 1971.

ASIS ROIG, AGUSTIN E. DE; "La ley como fuente del Derecho en la Constitución de 1978", en AA.VV. *"Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. E. García de Enterría"*, Vol. I, El ordenamiento jurídico. Ed. Cívitas, Madrid 1991.

ATIAS, CHRISTIAN; *"Droit Civil. Les biens"*. Ed. Litec, Paris 1993

- *"Que sais-je? Le Droit Civil"*. Ed. Presses Universitaires de France, Paris 1993.

AZCARATE, GUMERSINDO DE; "Historia del derecho de propiedad". *RGLJ* 1878.

BAENA DEL ALCAZAR, MARIANO; "Reserva de ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución española", en AA.VV. *"La Constitución española y las fuentes del Derecho"*, Vol I, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979.

BALAGUER CALLEJON, FRANCISCO; *"Fuentes del Derecho"*. Vol. I . Principios del ordenamiento constitucional. Ed. Tecnos, Madrid 1991.



- *"Fuentes del Derecho"* Vol II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos. Ed. Tecnos, Madrid 1992.

BALAGUER CALLEJON, MARIA LUISA; "El contenido esencial del derecho de huelga" en *RDPolt.*, núm 34, 1991.

BALDUZZI, RENATO y SORRENTINO, FEDERICO; Voz "Riserva di legge", in *Enciclopedia del Diritto*, Ed. Giuffré, Milano 1989.

BALLARIN MARCIAL, ALBERTO; "Nueva función social de la propiedad rústica". *Riv. Dir. Agr.* Tomo LI, 1972.

- "Del Derecho Agrario al Derecho agroalimentario", en *"Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Lacruz"*, Vol. I, Ed. Bosch, Barcelona 1992.

BAÑO LEON, JOSE MARIA; *"Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de condiciones de vida"*, Ed. INAP-MAP, Madrid 1988.

- "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", en *REDC*, núm. 24, Septiembre-Diciembre 1988.

- *"Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)"*. Ed. Cívitas, Madrid 1991.

BARASSI, LODOVICO; "Instituciones de Derecho Civil". Vol. I. Trad. de Ramón García de Haro. Ed. Bosch, Barcelona 1955.

- *"Proprietà e comproprietà"*, Ed. Giuffré, Milano 1951.

BARBANCHO TOVILLAS, JOSE; *"Evolución del pensamiento económico y el Derecho Civil. Ensayo para su enseñanza"*. Ed. Signo, Barcelona 1991.

- *"Legislación sobre derecho de propiedad"*, Vols. I y II. Ed. PPU, Barcelona 1993.

BARBERO, DOMENICO; *"Sistema de Derecho Privado"*, Tomo I. Introducción. Parte Preliminar y Parte General. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1967

- *"Sistema de Derecho Privado"*, Tomo II, Derechos de la personalidad, Familia, Derechos reales. Trad. Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1967.

BARCELLONA, PIETRO; *"Gli istituti fondamentali del Diritto Privato"*, Jovene Editori, Napoli 1972.

- *"L'individualismo proprietario"*. Ed. Boringhieri. Torino 1987.

- "Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social", en AA.VV. *"Problemas de*

*legitimación en el Estado Social*". Dirigida por E. Olivas, Ed. Trotta, Madrid 1991.

BARCELLONA, PIETRO y CANTARO, ANTONIO; "El Estado Social entre crisis y reestructuración", en AA.VV. *"Derecho y economía en el Estado Social"*, Ed. Tecnos, Madrid 1988.

BARNES VAZQUEZ, JAVIER; *"La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario"*, Civitas, Madrid 1988.

BASSOLS COMA, MARTIN; "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución" en AA.VV. *"La Constitución y las fuentes del Derecho"*, Vol. I, Ed. IEF, Madrid 1979.

- *"Constitución y sistema económico"*. Ed. Tecnos. Madrid 1985.

- "Competencias estatales, autonómicas y locales en materia de urbanismo y vivienda en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", en AA.VV. *"Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo"*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid 1991.

- "Legislación urbanística de las Comunidades Autónomas y derecho de propiedad", en *RDU*, núm. 110.

BASSOLS COMA, MARTIN y GOMEZ FERRER MORANT, RAFAEL; "La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos", en AA.VV. *"La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos"*. Ponencias y comunicaciones al V Congreso de Profesores de Derecho Administrativo. Ed. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1976.

BATLLE VAZQUEZ, MANUEL; *"Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales"*. Tomo I, Vol. I, arts. 1-41. Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid 1978.

BELLO JANEIRO, DOMINGO; "La función social de la propiedad y la Ley de Arrendamientos Urbanos. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Marzo de 1994", en *"Dereito"*. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, Volume III, nº1, 1994.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO; "Prólogo a la edición de Tecnos del Código Civil". Duodécima Edición Madrid 1993.

BERGEL, JEAN-LOUIS; *"Que sais-je? Le droit des biens."* Ed. Presses Universitaires de France. Paris 1990.

BIDART CAMPOS, GERMAN J; *"La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional"*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987.

- BIGLIAZZI GERI, LINA; "Evoluzione ed involuzione nel diritto di proprietà", en AA.VV. *"La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Tra dogmatica e riforme legislative"*. Ed. Cedam, Padova 1991.
- BIXIO, ANDREA; *"Proprietà e appropriazione. Individuo e sovranità nella dinamica dei rapporti sociali"*. Ed. Giuffré, Milano 1988.
- BOBBIO, NORBERTO; *"Estudios de historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci"*. Versión española de Juan Carlos Bayón. Ed. Debate, Madrid 1985.
- BON, PIERRE; "La protección de los derechos fundamentales. Aspectos de Derecho comparado europeo", en *RCEC*, núm. 11, Enero-Abril 1992.
- BONET CORREA, JOSE; *"Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina"*. Tomo II. Libro II. Ed. Cívitas, Madrid 1987.
- BONET RAMON, FRANCISCO; *"Compendio de Derecho Civil"*. Tomo I. Parte General. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959.
- *"Código Civil comentado con sus apéndices forales"*. Ed. Aguilar, Madrid 1962.
- BONFANTE, PIETRO; *"Las relaciones de vecindad"*. Trad. de Alfonso García Valdecasas. Ed. Reus, Madrid 1932.
- *"Corso di Diritto Romano"*. Vol. II. Parte I. Ed. Giuffré, Milano 1966.
- *"Instituciones de Derecho Romano"*. Ed. Reus. Trad. de L. Bacci y A. Larrosa. Madrid 1979.
- BONINI, ROBERTO; "Dal Codice Civile del 1865 al Codice Civile del 1942", en AA.VV. *"I cinquant'anni del Codice Civile"*. Atti del Covegno di Milano 4-6 Giugno 1992. Vol. Primo. Relazioni. Ed. Giuffré, Milano 1993.
- BRANCA, GIUSEPPE; *"Instituciones de Derecho Privado"*. Trad. a la 6ª Ed. italiana por Pablo Macedo. Ed. Porrúa, México 1978.
- CABO MARTIN, CARLOS DE; *"La crisis del Estado Social"*. Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona 1986.
- CAMPUZANO Y HORMA, FERNANDO; "La evolución de la propiedad en el Derecho Constitucional". *RGLJ*, 1931, Tomo I.
- "El derecho de propiedad en la nueva Constitución española". *RDP*. Consta de dos partes. Año XVIII Diciembre de 1931 y Año XIX Enero de 1932.
- CANNADA-BARTOLI, EUGENIO; Voz "Affievolimento", en *Enciclopedia del Diritto*. Tomo I, Ed. Giuffré, Milano 1958.

- "Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti", in AA.VV. *"Studi in memoria di Guido Zanobini"*, Vol. I (Diritto Amministrativo). Ed. Giuffré, Milano 1965.

CANDIAN, ALBINA; "Propriété", en AA.VV. *"Property, Propriété, Eigentum"*, Quaderni di Diritto Comparato raccolti da G. Alpa e M. Bessone, Padova 1992.

CANOSA USERA, RAUL; *"Interpretación constitucional y fórmula política"*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988.

- "Algunos aspectos problemáticos en la interpretación de la Constitución española", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 15. Monográfico, "Diez años de desarrollo constitucional". Estudios en homenaje al Prof. Sanchez Agesta, Madrid 1989.

CANTELMO, VINCENZO ERNESTO; "Intervención en el Congreso de Camerino". Actas de las sesiones publicadas bajo el título *"Crisi dello Stato Sociale e contenuto minimo della proprietà"*. Atti del Covegno Camerino, 27-28 Maggio 1982. Ed. Università degli Studi di Camerino, Napoli 1983.

- *"Struttura e forme della proprietà: l'aspetto agricola"*. Ed. Giuffré, Milano 1988.

CAPIZZANO, EZIO; "L'attività agricola fra proprietà e contrato", *Riv. Dir. Agr.* Anno LV 1976.

CARBONNIER, JEAN; *"Derecho Civil"*, Tomo I, Vol. II. Situaciones jurídico reales. Trad y notas de M. Zorrilla Ruiz. Ed. Bosch, Barcelona 1965.

CARCELLER FERNANDEZ, ANTONIO; *"Introducción al Derecho Urbanístico"*, Ed. Tecnos, Madrid 1992.

CARRASCO PERERA, ANGEL; "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", en *REDC*, núm. 11 Mayo-Agosto 1984.

- *"Ius aedificandi y accesión. La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos"*. Ed. Montecorvo, Madrid 1986.

- *"El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas"*. Ed. Tecnos, Madrid 1988.

CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, JOSE LUIS y GOMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL.; "La potestad reglamentaria del gobierno en la Constitución", en *RAP*, Septiembre-Diciembre de 1978, núm. 87.

CARROZZA, ANTONIO; "Intervención en el Congreso de Camerino". Actas del Congreso celebrado en Camerino 27-28 de Mayo de 1982 publicadas bajo el título *"Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà"*, Ed. Università degli studi di Camerino, Napoli 1983.

CASSO Y ROMERO, IGNACIO DE y CERVERA Y JIMENEZ-ALFARO, FRANCISCO; Voz "Propiedad", en *"Diccionario de Derecho Privado"*. Tomo II. G-Z. Ed. Labor. Buenos Aires 1950.

CASTAN TOBEÑAS, JOSE MARIA; "Nota bibliográfica a la obra de BATLLE VAZQUEZ "Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado", en *RDP*, nº XX 1933.

- *"Familia y propiedad. La propiedad familiar en la esfera Civil y en la del Derecho Agrario"*. Ed. Reus, Madrid 1956.

- *"Derecho Civil español, común y foral"*. Tomo I. Introducción y Parte General. Vol I Ideas generales. Teoría de la norma jurídica. Ed. Reus, Madrid 1988.

- *"Derecho Civil español, común y foral"* Tomo II. Derechos de cosas. Vol I. Derechos reales en general. El dominio y la posesión. Ed. Reus, Madrid 1992.

CASTILLO VEGAS, JESUS L; *"Personalismo y derecho de propiedad"*, Ed. Grapheus, Valladolid 1992.

CASTRO GARCIA, JAIME DE; "El derecho de propiedad: concepto, contenido y protección. La función social de la propiedad", en *"Contestaciones de Derecho Civil al programa de judicatura"*, Ed. Colex, Madrid 1989.

CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE; "El Derecho Civil y la Constitución", en *RDP*, año XXII, núm. 257, Febrero 1935.

- *"Temas de Derecho Civil"*, no consta editora, Madrid 1972, reimpresión de 1976.

- *"Derecho Civil de España"*, Ed. Civitas, Madrid 1984.

CERVATI, ANGEL ANTONIO; "El legislador de los derechos fundamentales", en AA.VV. *"La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia"*, Ed. Cívitas, Madrid 1991.

CHICO Y ORTIZ, JOSE MARIA; "La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad", en *RCDI*, año LXVII, Enero-Febrero, núm. 602.

CICALA, GIUSEPPE; *"Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano"*, Ed. Eugenio Jovene, Napoli 1965.

CLIMENT DURAN, CARLOS; *"Tribunal Constitucional"*. Doctrina sistematizada en materia Civil y Penal. Aspectos sustantivo y procesal. Tomo I. Editorial General de Derecho, Valencia 1994.

COCO, GIOVANNI SILVIO; *"Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà"*. Ed. Giuffré, Milano 1965.

COLIN, AMBROSIO y CAPITANT, H; "*Curso elemental de Derecho Civil*". Trad de Demófilo de Buen. Tomo II, Vol. II. De los bienes y de los derechos reales principales. Ed. Reus, Madrid 1984.

COLINA GAREA, RAFAEL; "Comentario a la STC 89/1994 de 17 de Marzo", en CCJC., núm. 35, Abril-Agosto 1994.

COMBY, JOSEPH; "L'impossible propriété absolue", en AA.VV. "*Un droit inviolable et sacré. La propriété*". Préface de Jean Frébault. Ed. Adef, Paris 1989.

COMPORTI, MARCO; "*Trattato di Diritto Civile e Commerciale*", Vol VIII, Tomo I. Diritti reali in generali. Ed. Giuffré, Milano 1980.

- "Intervención en el Congreso de Camerino". Actas de las sesiones publicadas bajo el título "*Crisi dello Stato Sociale e contenuto minimo della proprietà*". Atti del Convegno, Camerino 27-28 Maggio 1982. Ed. Università degli Studi di Camerino, Napoli 1983.

- "Ideologia e norma nel diritto di proprietà". *Riv. Dir. Civ.* anno XXX, 1984, Parte Prima.

- "Considerazioni sulla proprietà e sui diritti reali nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio", en AA.VV. "*La Civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Tra crisi dogmatica e riforme legislative*". Ed. Cedam, Padova 1991.

COSSIO DIAZ, JOSE RAMON; "*Estado Social y Derechos de Prestación*", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989.

COSTANTINO, MICHELE; "Propietarios y sujetos interesados en el uso social de los bienes", Trad. de Vicente Montés, en la obra de Nicoló Lipari "*Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza*". Prólogo de Evelio Verdera y Tuells, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1980.

- "Intervención en el Congreso de Camerino", actas de sus sesiones publicadas bajo el título "*Crisi dello Stato Sociale e contenuto minimo della proprietà*". Atti del Convegno. Camerino 27-28 Maggio 1982. Ed. Università degli Studi di Camerino. Napoli 1983.

CRUZ VILLALON, PEDRO; "El legislador de los derechos fundamentales", en AA.VV. "*La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia, Italia*", Ed. Cívitas, Madrid 1991.

CUPIS, ADRIANO DE; "Pienezza e perpetuità della proprietà", en *Riv. Dir. Civ.*, anno XXVIII 1982.

- "*Istituzioni di Diritto Privato*", Ed. Giuffré, Milano 1987.

DABIN, JEAN; "*El derecho subjetivo*". Ed. Revista de Derecho Privado". Trad. de Francisco Javier Osset, Madrid 1955.

D'ANGELI, FIORELLA; "Ius aedificandi: piani regolatori generali e particolareggiati", en AA.VV. *"Proprietá privata e funzione sociale"*. Seminario diretto dal Prof. Francesco Santoro-Passarelli, Ed. Cedam, Padova 1976.

DARHENDORF, RALF; "Proprietá e controllo: la scomposizione del capitale", in *"Il Diritto nella società moderna"*. Saggi a cura di Stefano Rodotà. Ed. Il Mulino, Bologna 1971.

- *"Oportunidades vitales"*. Ed. Espasa-Calpe, Madrid 1983.

DELGADO DE MIGUEL, JUAN FRANCISCO; *"Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología"*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1992.

DELGADO-IRIBARREN NEGRAO, MANUEL y BALLESTEROS FERNANDEZ, ANGEL; *"Comentarios a la Ley del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo. (Ley 8/1990 de 25 de Julio. BOE del 27)"*. Ed. Comares, Granada 1990.

DE LOS MOZOS, JOSE LUIS; "El urbanismo desde la perspectiva del Derecho Privado", en *RDP*, XLV, 1961.

- "Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas", en *ADC*, Tomo 33 I, 1980.

- *"Estudios sobre Derecho de los bienes"*, Ed. Montecorvo, Madrid 1991.

- *"El derecho de propiedad. Crisis y retorno a la tradición jurídica"*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1993.

- Voz "Propiedad", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Dirigida por Buenaventura Pellisé Prats, Tomo XX, Ed. Seix, Barcelona 1993.

DIAZ DE LA GUARDIA, CARLOS; "La revolución keynesiana", en AA.VV. *"Lecturas de Historia Económica"*. Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1983.

DIEGO, CLEMENTE DE; "La analogía en el Código Civil español", *RDP*, núm 12, Septiembre 1914. Tomo I, 1913-14.

DIEZ PICAZO, LUIS; "Problemas jurídicos del urbanismo", en *RAP* núm. 43, Enero-Abril 1964.

- *"Los procesos de urbanización y el marco del derecho de propiedad"*. Conferencia pronunciada el 2 de Marzo de 1973. Ed. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid 1973.

- "El Derecho Privado español en los años setenta". Separata de "El Estado y la política", Vol III de *"La España de los años setenta"*, dirigido por M. Fraga, J. Velarde y S. del Campo. Ed. Moneda y Crédito, Madrid 1974.

- "Propiedad y Constitución", en AA.VV. *"Constitución y Economía. La ordenación del*

*sistema económico en las Constituciones occidentales*". Ed. Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid 1977.

- "*Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado. (Dos esbozos)*", Ed. Cívitas, Madrid 1979.

- "Constitución y fuentes del Derecho", en AA.VV. "*La Constitución española y las fuentes del Derecho*". Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979.

- "Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística", en "*Estudios de Derecho Privado*", Ed. Cívitas, Madrid 1980.

- "Los principios generales del Derecho en el pensamiento de Federico de Castro", *ADC* Tomo 36 II 1983.

- "Constitución, Ley y Juez", en *REDC*, núm. 15. Sept-Dic. 1985.

- "*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*", Ed. Ariel, Barcelona 1987.

- "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad en la CE." en "*Estudios sobre la CE en homenaje al Prof. García Enterría*", Vol II. De los derechos y deberes fundamentales. Ed. Civitas, Madrid 1990.

- "Efectividad de los derechos fundamentales. En particular en relación con el ejercicio del poder legislativo". En AA.VV. "*La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia.*" Ed. Cívitas, Madrid 1991.

DIEZ PICAZO, LUIS MARIA; "Concepto de ley y tipos de leyes", en *REDC*, núm. 24, Septiembre-Diciembre 1988.

DIEZ PICAZO, LUIS y GULLON BALLESTEROS, ANTONIO; "*Sistema de Derecho Civil*". Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona Jurídica. Sexta Edición. Ed. Tecnos, Madrid 1988.

- "*Sistema de Derecho Civil*", Vol. III, Derecho de cosas, Inmobiliario y Registral. Ed. Tecnos, Madrid 1988.

"DOCTRINA PONTIFICIA", Vol III. Documentos Sociales. Edición preparada por Federico Rodríguez. Ed. Católica, Madrid 1964.

DOEHRING, KARL; "Estado Social, Estado de Derecho y orden Democrático", en AA.VV. "*El Estado Social*", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986.

DROZ, J; "*Alemania*" (I), Ed. Vicens Vives, Barcelona 1973.

DUGUIT, LEON; "*Las transformaciones del Derecho Público y Privado*", Ed. Heliasta. Trad. de Adolfo Posada, Ramón Jaen y Carlos Posada. Buenos Aires 1975.



- *"Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón"*, Ed. Edeval. Trad. de Carlos Posada. Valparaíso (Chile), 1987.

DUQUE DOMINGUEZ, JUSTINO F; "Iniciativa privada y empresa", en AA.VV. *"Constitución y Economía. (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)"*. Ed. Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid 1977.

ESCRIBANO COLLADO, PEDRO; "Función social y propiedad privada urbana: Estudio de jurisprudencia", en AA.VV *"La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos"*. Ponencias del V Congreso Hispano-Italiano de Profesores de Derecho Administrativo. Ed. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid 1976.

- *"La propiedad privada urbana. Encuadramiento y régimen"*. Ed. Montecorvo, Madrid 1979.

ESCRIBANO, TEOFILO; "La propiedad y el artículo 348 del Código Civil español". *RDP*, año IV, núm. 30. 15 de Marzo de 1916 (III).

ESPIN CANOVAS, DIEGO; *"Manual de Derecho Civil español"*. Vol I. Parte General. Octava edición. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1982

- *"Manual de Derecho Civil español"*. Vol II. Derechos reales. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1985.

ESTEVE PARDO, JOSE; "Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local", en *REDC*, núm. 31, Enero-Abril 1991.

ESTEVEZ ARAUJO, JOSE A; "Estructura y límites del Derecho como instrumento del Estado Social, en AA.VV. *"Problemas de legitimación en el Estado Social"*, dirigida por Enrique Olivas, Ed. Trotta, Madrid 1991.

EZA, VIZCONDE DE; *"Requisitos indispensables para la difusión de la propiedad privada. Su aplicación en España"* Ed. Imprenta Helénica, Madrid 1924.

FAIREN MARTINEZ, MANUEL; "La propiedad: teoría de errores". *RDP*. XLVII, 1963 Enero-Diciembre.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON; *"Las Leyes Orgánicas y el Bloque de la Constitucionalidad"*, Ed. Cívitas, Madrid 1981.

FOIS, SERGIO; Voz "Legalità (principio di)", en *Enciclopedia del Diritto*. Tomo. XXIII, Ed. Giuffré, Milano 1973.

FORSTHOFF, ERNST; *"El Estado en la sociedad industrial"*, Ed. Cívitas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1975.

- "Concepto y esencia del Estado Social de Derecho. En AA.VV. *"El Estado Social"*, Ed.

Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986.

- "Problemas constitucionales del Estado Social", en AA.VV. *"El Estado Social"*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986.

FRANGI, MARC; *"Constitution et Droit Privé. Les droits individuels et les droits économiques"*. Ed Economica. Presses Universitaires d'aix marseille, Paris 1992.

FROSINI, VITTORIO; Voz "Diritto Soggettivo", in *Novissimo Digesto Italiano*. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. Tomo. V. Ed. Utet, Torino 1968.

FUENMAYOR, AMADEO DE; "Alcance del principio constitucional de igualdad", en AA.VV. *"Estudios de Derecho Civil"*, Vol I. Ed. Aranzadi, Pamplona 1992. Publicado ya con anterioridad en *ADC*, Tomo 36 II 1983.

GALGANO, FRANCESCO; "Uso alternativo del diritto privato". Estratto de *"L'uso alternativo del Diritto"*. I Scienza giuridica e analisi Marxista a cura di Pietro Barcellona. Editori Laterza. (Separata en la que no consta la fecha de edición).

- *"Il diritto privato fra Codice e Costituzione"*. Ed. Zanichelli, Seconda edizione accresciuta. Bologna 1979.

- "Immagini della proprietà". *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* Anno. XXXVI 1982.

- "Intervención en el Congreso de Camerino". Actas de las sesiones publicadas bajo el título *"Crisi dello Stato Sociale e contenuto minimo della proprietà"*. Atti del Convegno, Camerino 27-28 Maggio 1982. Ed. Università degli Studi di Camerino, Napoli 1983.

- "Gobierno de la economía y empresa pública", en AA.VV. *"Derecho y Economía en el Estado Social"*. Ed. Tecnos, Madrid 1988.

- *"Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales"*. Ed. Ariel Derecho, Trad. de C. Alborch y M. Broseta. Barcelona 1990.

- *"Diritto civile e commerciale."* Vol. primo. Le cetegorie generali, le persone, la proprietà. Ed. Cedam. Padova 1990.

- *"Sommario di Diritto Civile"*, Ed. Giuffré, Milano 1990.

- *"Diritto Privato"*, 7ª Edizione, Ed. Cedam, Padova 1992.

GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO; "Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones. Expropiaciones y venta forzosa", en *RDU*, Julio-Agosto-Septiembre de 1993.

GAMBARO, ANTONIO; *"Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà"*. Ed. Giuffré, Milano 1975.

- "Il libro della proprietà" en AA.VV. *"I cinquant'anni del Codice Civile"*. Atti del Convegno di Milano 4-6 Giugno 1992. Vol I. Relazioni. Ed. Giuffré, Milano 1993

- *"La proprietà. Beni, proprietà, comunione"*. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Giudica e Paolo Zatti. Ed. Giuffré, Milano 1990.

- "La teoria politica della proprietà privata ed il ruolo dei civilisti: alcuni appunti", en AA.VV. *"La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Tra crisi e riforme legislative"*. Ed. Cedam, Padova 1991.

GARCIA CANTERO, GABRIEL; "Il Diritto Agrario nella nuova Costituzione Spagnola", en *Riv. Dir. Agr.* Anno LVIII, 1979.

- "La propiedad en la Constitución de 1978", epígrafe íntegramente redactado por este autor en CASTAN TOBEÑAS, JOSE. *"Derecho Civil español, Común y Foral"*, Tomo II, Vol I. Derechos de cosas. Derechos reales en general. El dominio y la posesión. Ed. Reus, Madrid 1992.

GARCIA COTARELO, RAMON; "Crisis y reformulación del Estado de Bienestar", en AA.VV. *"Derecho y Economía en el Estado Social"*, Ed. Tecnos, Madrid 1988.

GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO; "Ley del suelo y futuro del urbanismo", en *ADC*, Tomo 11 (I) 1958.

- *"Los principios generales de la nueva ley de expropiación forzosa"*, Ed. Cívitas, Madrid 1984.

- *"Revolución Francesa y Administración contemporánea"*, Ed. Taurus, Madrid 1984.

- "La Constitución como norma jurídica", en AA.VV. *"La Constitución española de 1978"*. Estudios sistemático dirigido por los Profs. Alberto Predieri y E. Garcia de Enterría. Ed. Cívitas, Madrid 1984.

- "Constitución, fundaciones y sociedad civil", en AA.VV. *"Las fundaciones y la sociedad civil"*. Curso dirigido por R. de Lorenzo García y M. A. Cabra de Luna. Ed. Cívitas, Madrid 1992.

GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON; *"Curso de Derecho Administrativo"*, Vol. I, Ed. Cívitas, Madrid 1987.

- *"Curso de Derecho Administrativo"* Vol II, Ed, Cívitas, Madrid 1981.

GARCIA GIL, MIGUEL y GARCIA GIL F. JAVIER; *"Jurisprudencia Registral, Civil, Mercantil e Hipotecaria"*, Ed. Bosch. Barcelona 1989.

GARCIA MACHO, RICARDO; *"Reserva de ley y potestad reglamentaria"*, Ed. Ariel, Barcelona 1988.

GARCIA PELAYO, MANUEL; "La teoría social de la Fisiocracia", en *Moneda y Crédito*, num. 31, Diciembre 1949.

- "Algunas consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución", en AA.VV. *"Estudios sobre la Constitución española de 1978"*, dirigidos por M. Ramirez, Zaragoza 1979.

- *"Las transformaciones del Estado contemporáneo"*. Alianza Editorial, Madrid 1982.

- *"Escritos políticos y sociales"*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1986.

- *"Derecho Constitucional comparado"*. Ed. Alianza Universidad. Madrid 1987.

GARRIDO FALLA, FERNANDO; "El régimen administrativo de la propiedad privada", *RDP*. XLIII, 1959.

- *"Tratado de Derecho Administrativo"*. Vol I. Parte General. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1982.

- "Comentarios a la Constitución" (Art. 33). Ed. Cívitas, Madrid 1985.

GARRIDO FALLA F, ARIÑO ORTIZ G, BASSOLS COMA M., ENTRENA CUESTA R., BAENA DEL ALCAZAR M; *"El modelo económico en la Constitución española."* Vol. I. Ed. Instituto de Estudios Económicos. Madrid 1981.

GARRORENA MORALES, ANGEL; *"El lugar de la ley en la Constitución"*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1981.

- *"El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho"*, Ed. Tecnos, Madrid 1984.

GAVILA, SALVADOR; "De la idea de la propiedad", en *RGLJ* 1865.

GIANNINI, MASSIMO SEVERO; "Espropriazione e garanzia del diritto privato di proprietà", en *"Il Diritto Privato nella società moderna"*. Saggi a cura di S. Rodotà. Ed. Il Mulino, Bologna 1971.

GHISALBERTI, CARLO; "Tradizione e innovazione nel Codice del 1942", en AA.VV. *"I cinquant'anni del Codice Civile"*. Atti del Convegno di Milano 4-6 Giugno 1992. Vol. Primo. Relazioni. Ed. Giuffré, Milano 1993.

GIORGIANNI, MICHELE; "Il Diritto Privato e i suoi attuali confini". *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.* Anno XV, 1961.

- *"L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni"*. Ed. Giuffré, Milano 1968.

GIOVANNI DE FRANCO, RENATO; Voz "Riserva di legge", in *Novissimo Digesto Italiano*. Diretto da A. Zara ed E. Eula, Vol. XVI. Ed. Utet, Torino 1969.

GLIOZZI, ETTORE; *"Dalla proprietà all'impresa"*. Collana Gioele Solari. Dipartimento di Scienze Sociali. Università di Torino. Ed. Franco Angeli, Milano 1989.

GOMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL; "La potestad reglamentaria del gobierno en la Constitución", en *"La Constitución y las fuentes del Derecho"*, Vol. I, Ed. IEF, Madrid 1979.

GONZALEZ ENCINAR, JUAN; "Recensión a la obra de DE VEGA "La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente", en *REDC*, núm 17.

GONZALEZ PEREZ, JESUS; "Los principios generales del Derecho y la Constitución", en AA.VV. *"La Constitución española y las fuentes del Derecho"*, Vol II, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979.

- *"Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo"*, Ed. Cívitas, Madrid 1990.

- *"Comentarios a la Ley del Suelo. (Texto Refundido de 1992)"*, Ed. Cívitas, Madrid 1993.

GONZALEZ PORRAS, JOSE MANUEL; "La menor edad después de la Constitución y la reforma de el Cc. (Notas acerca del matrimonio de los menores y el Registro Civil), en *RDP*. Mayo 1984.

- *"Estudios sobre el matrimonio civil"*, Ed. Librería Andaluza, Córdoba 1985.

GONZALEZ TEMPRANO, ANTONIO y TORRES VILLANUEVA, EUGENIO; *"El Estado del Bienestar en los países de la OCDE"*, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992.

GORDILLO CAÑAS, ANTONIO; *"Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura desde la Constitución de la teoría de las fuentes del Derecho"*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990.

GROSSI, PAOLO; *"Historia del derecho de propiedad"*. Trad. de Bartolomé Clavero. Ed. Ariel, Barcelona 1986.

- *"La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico"*. Trad. de López y López. Ed. Cívitas, Madrid 1992.

- *"Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali"*. Ed. Giuffré, Milano 1992.

GULLON BALLESTEROS, ANTONIO; *"Comentarios al Código Civil"*, (Art. 4º Cc.), Tomo I, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaria General de Publicaciones, Madrid 1991.

GUTIERREZ FERNANDEZ, BENITO; *"Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español"*. Tomo Segundo, Madrid 1863.

HÄBERLE, PETER; "El legislador de los derechos fundamentales", en AA.VV. *"La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia"*, Ed. Cívitas, Madrid 1991.

HATTENHAUER, HANS; *"Conceptos fundamentales del Derecho Civil"*, Ed. Ariel, Barcelona 1987.

HEDEMANN, JUSTUS WILHELM; "El Derecho Económico". *RDP XXVII*, 1943.

- *"Tratado de Derecho Civil"*. Vol. II, Derechos reales. Trad. de M. González Enriquez. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1955.

HELLER, HERMANN; *"Escritos políticos"*. Ed. Alianza Editorial, Madrid 1985.

HERNANDEZ GIL, ANTONIO; "En defensa del Código Civil", en *RDP XXXII*, núm. 378 Septiembre 1948.

- "La propiedad y su función social en la Constitución." *Poder Judicial*, Nueva época nº 14, Junio 1989.

HERNANDEZ-GIL Y ALVAREZ CIENFUEGOS, ANTONIO; "La propiedad en el ordenamiento constitucional". Ponencia presentada al *Plan de Formación del Consejo General del Poder Judicial*. Madrid 11, 12 y 13 de Abril de 1994.

HESSE, KONRAD; *"Escritos de Derecho Constitucional"*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986.

HUELIN MARTINEZ DE VELASCO, JOAQUIN; *"Legislación básica sobre fincas rústicas"*. *Concordancias, normas complementarias. Soluciones jurisprudenciales"*. Ed. Colex, Madrid 1986.

HUMBOLT, WILHELM; *"Los límites a la acción del Estado"*. Ed. Tecnos. Madrid 1988.

IANNELLI, ANTONIO; *"La proprietà costituzionale"*. Ed. Scientifiche Italiane. Napoli 1980.

IHERING, RUDOLF VON; *"Der Zweck im Recht"*, Vols. I y II. Prol. Christian Helfer. Ed. Greg Olms, Leipzig 1970.

- *"El fin en el Derecho"*, Ed. Heliasta, Buenos Aires 1978.

- *"La lucha por el Derecho"*. Ed. Cívitas, Madrid 1985.

IRIBARREN GOICOECHEANDIA, MAITE; *"La calificación de solar como requisito de la edificación"*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1984.

IRTI, NATALINO; *"Dal Diritto Civile al Diritto Agrario. Momenti di storia giuridica francese"*. Ed. Giuffré, Milano 1962.

- *"Proprietà e impresa"*. Ed. Eugenio Jovene, Napoli 1965.

- "Leggi speciali. Del mono-sistema al poli-sistema", en *Riv. Dir. Civ.*, anno XXV, 1979, Parte Prima.

- *"La cultura del Diritto Civile"*, Ed. Utet, Torino 1990.

- *"Introduzione allo studio del Diritto Privato"*. Ed. Cedam, Padova, 1990.

- *"La edad de la descodificación"*, Ed. Bosch, Barcelona 1992.

- *"Società Civile"*. Ed. Giuffré, Milano 1992.

- "Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili", in *Riv. Dir. Civ.*, anno XXXIX, n° 3, Maggio-Giugno 1993

- "I cinquant'anni del Codice Civile", en AA.VV. *"I cinquant'anni del Codice Civile"*. Atti del Convegno di Milano 4-6 Giugno 1992. Vol. Primo. Relazioni. Ed. Giuffré, Milano 1993.

ITALIA, VITORIO; *"La delegificazione"*, Ed. Giuffré, Milano 1992.

JIMENEZ-BLANCO, ANTONIO; "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", en AA.VV. *"Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría"*. Tomo II. Derechos y deberes fundamentales. Ed. Cívitas, Madrid 1991.

JOSSERAND, PIERRE; *"Derecho Civil"*. Tomo I, Vol. III. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1950.

KEANE, JOHN; *"Democracia y sociedad civil"*. Ed. Alianza. Versión esp. de A. Escohotado, Madrid 1992.

KEYNES, JOHN MAYNARD; "El fin del Laissez Faire", en AA.VV. *"Lecturas de historia económica"*. Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1983.

LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS; *"Manual de Derecho Civil"*. 2ª Ed. Bosch, Barcelona 1984.

- *"Nociones de Derecho Civil patrimonial e introducción al Derecho"*, Ed. Bosch, Barcelona 1988.

- "*Elementos de Derecho Civil*". Tomo I, Vol. III. El derecho subjetivo. Tercera Edición. Ed. Bosch, Barcelona 1990.

- "*Elementos de Derecho Civil*" Tomo III, Vol. I. Posesión y propiedad. Tercera Edición. Ed. Bosch, Barcelona 1990.

LAMARCA PEREZ, CARMEN; "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española", en *REDC*, núm. 20 Mayo-Agosto 1987.

LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE; "*Manuale di Diritto Amministrativo*". Ed. Giuffré, Milano 1987.

LASARTE ALVAREZ, CARLOS; "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: pluralismo de la propiedad privada". Separata de la *RGLJ* Tomo LXXII, núm. 1 Enero 1975.

- "Propiedad privada e intervencionismo administrativo". Separata de la *RGLJ* Tomo LXXI, núm. 2º, Agosto de 1975.

- "Intervención durante el 1º Congreso de Derecho Vasco (Dic. 1982)". Reseña de Asúa Igárcua en *ADC*. Abril-Junio 1983.

- "*Autonomías y Derecho Privado en la Constitución española*", Ed. Cívitas, Madrid 1980.

- "El Derecho Civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores", en AA.VV. "*Centenario del Código Civil*" Tomo II. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1990.

LASO MARTINEZ, JOSE LUIS; "*Derecho Urbanístico*". Tomo III. La propiedad ante el planeamiento urbanístico. Ed. Montecorvo, Madrid 1982.

LAVAGNA, CARLO; "*Istituzioni di Diritto Pubblico*". Ed. Utet, Torino 1986.

LAVILLA ALSINA, LANDELINO; "Derechos fundamentales, Estado y Sociedad", en AA.VV. "*La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, Francia, Italia, España*". Dirigida por A. Lopez Pina. Ed Cívitas, Madrid 1991.

LEAL, ALEJO; "*El acceso del cultivador a la pequeña propiedad*". Sem. Sociales de España. T. IX, 1950.

LEGUINA VILLA, JESUS; "Las facultades dominicales de la propiedad forestal". *REDA* núm. 3 Octubre-Diciembre 1974.

- "Principios generales del Derecho y Constitución", en *RAP*, núm. 114, Septiembre-Diciembre 1987.



LENER, ANGELO; "Problemi generali della proprietà", en AA.VV. *"Proprietà privata e funzione sociale"*. Seminario diretto dal Prof. Santoro Passarelli, Ed. Cedam, Padova 1976.

- "Intervención en el Congreso de Camerino". Actas de las sesiones publicadas bajo el título *"Crisi dello Stato Sociale e contenuto minimo della proprietà"*. Atti del convegno. Camerino 27-28 Maggio 1982. Ed. Università degli Studi di Camerino, Napoli 1983.

LEONE, GUGLIELMO; "Unità e pluralismo in tema di proprietà. (In margine al Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario). *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* Anno VII 1953.

LEPAGE, HENRI; *"¿Por qué la propiedad?"*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1986.

LEPAGE-JESSUA, CORINNE; "La Constitution et le droit de propriété", en AA.VV. *"Un droit inviolable et sacré: la propriété"*. Préface de Jean Frébault. Ed. Adef, Paris 1989.

LETE DEL RIO, JOSE MANUEL; *"La protección de la propiedad"*, Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1979.

LEVI, GIULIO; *"L'abuso del diritto"*, Ed. Giuffrè, Milano 1993.

LICHOROWICZ, ALEKSANDER; "La proprietà fondiario-agricola e la costruzione civilistica del diritto di proprietà". *Riv. Dir. Agr.*, 1984. Parte Prima.

LIPARI, NICOLO; "L'interpretazione giuridica", en *"Il Diritto Privato nella società moderna"*. Saggi a cura di Stefano Rodotà. Ed. Il Mulino, Bologna 1971.

LOCKE, JOHN; *"Ensayo sobre el gobierno civil"*, Ed. Aguilar, Madrid 1969.

LOJENDIO OSBORNE, IGNACIO; "La Sociedad Anónima", en AA.VV. *"Derecho Mercantil"* Vol I. Coord. Jimenez Sanchez, Guillermo J. Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1992.

LOPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO; *"Derechos fundamentales y libertad negocial"*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid 1990.

LOPEZ GUERRA, L. ESPIN J., GARCIA MORILLO, J., PEREZ TREMPES P., SATRUSTEGUI, M; *"Derecho Constitucional"*, Vol I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1991.

LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M; *"La disciplina constitucional de la propiedad privada"*. Ed. Tecnos, Madrid 1988.

- "Constitución, Código y leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación", en AA.VV. *"Centenario del Código Civil"* Tomo II. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1990.

LOPEZ Y LOPEZ, ANGEL M. y MONTES PENADES, VICENTE L. (Coords); *"Derecho Civil. Parte General"*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1992.

- *"Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral"*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1994

LORENZO GARCIA, RAFAEL DE; *"El nuevo Derecho de fundaciones"*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1993.

LUCARELLI, FRANCESCO; *"La proprietà pianificata"*. Ed. Eugenio Jovene, Napoli 1974.

- *"Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici"*. Contributi di Ernesto Briganti, Mario Ciancio, e Luigi Russo. Ed. Cedam, Padova 1990.

LUCAS VERDU, PABLO; AA.VV. *"Constitución española. Edición comentada"* Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1979.

LUHMANN, NIKLAS; *"Teoría política del Estado de Bienestar"*. Ed. Alianza, versión española de Fernando Vallespín, Madrid 1987.

LUNA SERRANO, AGUSTIN; "Il Diritto Agrario e la Costituzione Spagnola del 1978: fondamenti costituzionali della proprietà e dell'impresa agrarie", en *Riv. Dir. Agr.* Anno LXIV, 1985, Parte Prima.

MAIORCA, CARLO; "Proprietà e anti giuricità", in *Riv. Dir. Civ.* Anno XXXIII, 1941.

MANGIAMELI, STELIO; *"La proprietà privata nella Costituzione (Profili generali)"*. Ed. Giuffrè, Milano 1986.

MANRESA Y NAVARRO, JOSE MARIA; *"Comentarios al Código Civil Español"*. Tomo III. Séptima edición. Instituto Editorial Reus, Madrid 1952.

MARIN PEREZ, PASCUAL; "La estructura del Estado y el Derecho Privado". Separata de la *RGLJ* Abril 1956, Ed. Reus, Madrid 1956.

- *"Derecho Civil"*. Vol. III. Derechos Reales y Derecho Registral. Ed. Tecnos, Madrid 1984.

MARQUES Y SEGARRA, MANUEL; "El nuevo derecho de propiedad individual". Separata de los *Anales de la Universidad de Valencia*, Año XIV, Cuaderno 107, Valencia 1933.

MARTI MINGARRO, LUIS; "Reflexiones sobre el derecho de propiedad en la Reforma de la Ley del Suelo", en AA.VV. *"Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo"*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid 1991.

MARTIN BALLESTERO, LUIS; *"La acción negatoria"*. Ed. Tecnos, Madrid 1993.

MARTIN BALLESTERO Y COSTEA, LUIS; "La obligación de hacer en las fincas rústicas". *Riv. Dir. Agr.* Tomo LI, 1972.

MARTIN BERNAL, MANUEL; *"El abuso del derecho"*. Ed. Montecorvo, Madrid 1982

MARTIN BLANCO, JOSE; "Legislación urbanística y Derecho Privado. (Ideas sobre el Derecho Urbanístico)", en *RDP*, Enero 1962, Tomo XLVI.

- *"Estudios sobre la Ley 8/1990 de Reforma del Régimen Urbanístico"*, Ed. Colex, Madrid 1991.

MARTIN MATEO, RAMON; "Sobre el carácter artificial de la propiedad del suelo urbano", en *REDA*, núm. 19, Octubre-Diciembre de 1978.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO; "Eficacia y garantía de los derechos fundamentales", en AA.VV. *"Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría."* Tomo II. De los Derechos y Deberes Fundamentales. Ed. Cívitas, Madrid 1991.

MARTINEZ CALCERRADA, LUIS; *"Estudios de Derecho Patrimonial"*, Ed. Montecorvo, Madrid 1984.

MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS; *"El Derecho Civil a finales del Siglo XX"*, Ed. Tecnos, Madrid 1991.

MARTINEZ VAL, JOSE MARIA; *"Los derechos de la persona en las Constituciones de la postguerra"*. Publicaciones del Instituto de Estudios Manchegos. Ciudad Real 1952.

- *"Comentarios a las Leyes Políticas"*, Art. 38 CE, Tomo III, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Ed. Edersa, Madrid 1983.

MARTINO, FRANCESCO DE; *"Commentario del Codice Civile"*, (Art. 832). A cura di A. Scialoja e G. Branca. Libro Terzo. Proprietá. Art. 810-956. 4ª Edición. Ed. Zanichelli, Bologna 1976.

MASSA, JAVIER; *"De Re Publica"*, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona 1993.

MATHIEU, BERTRAND; "Droit constitutionnel et droit civil: des vieilles outres pour un vin nouveau", en *Rev. Trim. Droit Civ.* núm 1º Janvier-Mars 1994.

MAYER, OTTO; *"Derecho Administrativo Alemán"*. Vol. I. Parte general. Segunda edición. Trad. de H. Heredia y E. Krotoschin. Ed. DePalma, Buenos Aires, 1982.

MAZEAUD, HENRI-LEON-JEAN; *"Lecciones de Derecho Civil"*, Parte 1ª, Vol. I, Introducción al estudio del Derecho Privado. Derecho Objetivo. Derechos Subjetivos.

Ediciones Jurídicas Europa América. Traducción de Alcalá Zamora, Buenos Aires 1959.

MAZZAMUTO, SALVATORE y NIVARRA, LUCA; "Principi generali e legislazione speciale: l'attualità del codice civile italiano", en *Riv. Cr. Dir. Priv.*, anno X, 4 Dicembre 1992, Ed. Jovene Editori, Napoli.

MAZZU, CARLO; "*Proprietà e società pluralista*". Ed. Giuffré, Milano 1983.

- "Spunti per una riflessione sulla funzione sociale della proprietà", en AA.VV. "*La Civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Tra crisi dogmatica e riforme legislative*". Ed. Cedam, Padova 1991.

MENDEZ CALZADA, LUIS; "La familia y la propiedad en el nuevo Derecho español". Separata de la publicación periódica "*Jurisprudencia Argentina*", Sección Legislación Extranjera, n° 322, tomo XXXVII. Buenos Aires 1933.

MENDOZA OLIVAN, VICTOR; "Tipología de las leyes en la Constitución", en AA.VV. "*La Constitución y las fuentes del Derecho*". Vol I. Ed. IEF, Madrid 1979.

MENGER, ANTON; "*El Derecho Civil y los pobres*". Versión española de Adolfo Posada precedida de un estudio preliminar sobre "El Derecho y la cuestión social". Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1898.

MERELO ABELA, JOSE MANUEL; "*La Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*", Cuadernos de Gestión Local n° 1. Ed. Banco de Crédito Local, Madrid 1991.

MESSINEO, FRANCESCO; "*Manual de Derecho Civil y Comercial*". Tomo II, Doctrinas Generales. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1979.

- "*Manual de Derecho Civil y Comercial*" Tomo III. Derechos de la personalidad. Derecho de la familia. Derechos reales. Trad. S. Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1979.

MODUGNO, FRANCO; Voz "Funzione", en *Enciclopedia del Diritto*, Ed. Giuffré, Milano 1969.

MOLITOR, ERICH; "Nueva problemática de la propiedad" en *RDP*. año XXXVIII, núm. 444, Marzo 1954.

MONTES PENADES, VICENTE L; "*La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*", Ed. Cívitas, Madrid 1980.

- "*Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*." Tomo V, Vol. I, Arts. 333 a 391. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1990.

- "*Comentarios al Código Civil*". Vol. I. Ed. Ministerio de Justicia. Secretaria General de

Publicaciones, Madrid 1991.

MONTESQUIEU; *"Del espíritu de la Leyes"*. Trad. de M. Blázquez y P. de Vega. Ed. Tecnos, Madrid 1985.

MORENO QUESADA, BERNARDO; *"Sentido social en la transformación de las Instituciones Civiles"*. Publicaciones de la Escuela Social, Granada 1958.

MORENO QUESADA, RAFAEL; *"La mejora de los bienes. Supuestos generales y teoría general"*. Ed. Montecorvo, Madrid 1990.

MORTATI, COSTANTINO; Voz "Costituzione. (Dottrine generali)", en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XI, Ed. Giuffré, Milano 1962.

MULLER, ALBERT; *"Congrès d'Economie sociale catholique"*, sous le haut patronage de son Eminence le Cardinal Mercier, Liège (Xhovémont) 6 Septembre 1920. Rapports, discussions. Liège. Secretariat des Oeuvres Sociales, 1921.

MURILLO FERROL, FRANCISCO; "La redistribución de la riqueza", en AA.VV. *"Constitución y Economía"*, Ed. Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid 1977.

NATOLI, UGO; *"Diritto soggettivo"*. Ed. Giuffré, Milano 1943.

- *"La proprietà. Appunti delle lezioni"*, (I) Ed. Giuffré, Milano 1965.

NICOLO, ROSARIO; Voz "Diritto Civile", en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, Ed. Giuffré, Milano 1964.

NIETO GARCIA, ALEJANDRO; "Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa". *RAP*. núm. 38, Mayo-Agosto 1962. Reimpresión de Octubre de 1972.

NOVOA MONREAL, EDUARDO; *"El derecho de propiedad privada"*. Ed. Temis, Bogotá-Colombia 1979.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, JAVIER; *"Compendio de Derecho Civil"*, Tomo I, Parte general, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid 1986.

- *"Compendio de Derecho Civil"*, Tomo III, Derechos reales e hipotecario, Ed. Rev de Derecho Privado, Madrid 1985.

- "La constitucionalización del Derecho Civil y la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS". Artículo publicado en *"Libro homenaje al Prof. VALLET DE GOYTISOLO"*, Vol. VI, Ed. Junta de Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado, Madrid 1988.

OLIVAS, ENRIQUE; "Problemas de legitimación en el Estado Social", en la obra colectiva del mismo nombre Ed. Trotta, Madrid 1991.

ORESTANO RICCARDO; "Teoria e storia dei diritti soggettivi", en *"Il Diritto Privato nella società moderna"*. Saggi a cura di S. Rodotà. Ed. Il Mulino, Bologna 1971.

ORTEGA LORCA, FRANCISCO; *"Código Civil"* de Quintus Mucius Scaevola. Tomo VI. De la clasificación de los bienes. De la propiedad. Arts. 333 a 383. Quinta edición. Instituto Editorial Reus. Madrid 1949.

ORTIZ-ARCE, ANTONIO; "El principio de igualdad en Derecho económico. Algunas consideraciones desde la perspectiva del ordenamiento español", en *REDC*, núm. 11 May-Ago 1984.

OTTO Y PARDO, IGNACIO DE; *"Derecho Constitucional. Sistema de fuentes"*. Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1987.

- "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en su obra junto a Martín Retortillo Baquer *"Derechos fundamentales y Constitución"*, Ed. Cívitas, Madrid 1988.

PACE, ALESSANDRO; "El legislador de los derechos fundamentales", en AA.VV. *"La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia"*, Ed. Cívitas, Madrid 1991.

PADOA-SCHIOPPA, ANTONIO; "Dal Code Napoléon al Codice Civile del 1942". *Riv. Dir. Civ.* Anno XXXIX Sett-Ott 1993.

PARADA VAZQUEZ, RAMON; *"Derecho Administrativo"* Vol III. Bienes Públicos. Derecho Urbanístico. Ed. Marcial Pons, Madrid 1990.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO; "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", Parte I, en *REDA*, núm. 17, Abril- Junio 1978.

- "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", Parte II, en *REDA* núm. 19, Octubre-Diciembre 1978.

- "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", Parte III, en *REDA* núm. 20, Enero-Marzo 1979.

- *"Garantía Institucional y Autonomías Locales"*, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1981.

- "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la STC 8 de Abril de 1981" en *REDC* nº 3 Sep-Dic de 1981.

PASQUAU LIAÑO, MIGUEL; "Sobre la interpretación de los términos "legislación civil" del Art. 149.1.8º de la Constitución española", en AA.VV. *"Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas"*, estudios dirigidos por Moreno Quesada, Ed. Tecnos, Madrid 1989.

PASTOR, RIDRUEJO, LUIS; "El Título Preliminar del Código Civil y la forma de aplicación del Derecho", en AA.VV. *"El Poder Judicial"*, Vol III, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983.

PATAULT, ANNE-MARIE; *"Introduction historique au Droit des biens"*. Ed. Presses Universitaires de France, Paris 1989.

PATTI, SALVATORE; *"Saggi di Diritto Privato comparato"*. Ed. Giappichelli. Torino 1986.

PENA LOPEZ, JOSE MARIA; *"La historicidad del Derecho Civil"*. Conferencia pronunciada con motivo de la festividad de San Raimundo de Peñafort el 27 de Enero de 1995 en la Facultad de Derecho de La Coruña. Original mecanografiado que manejamos por cortesía del autor.

- *"Precisiones sobre la configuración del derecho real en la doctrina moderna"*. Trabajo inédito que manejamos por cortesía del autor.

- *"Derecho Civil"*. Parte General. Apuntes de las Lecciones.

PERA VERDAGUER, FRANCISCO; *"Expropiación forzosa"*, 4ª Edición, Ed. Bosch, Madrid 1992.

PERALES MADUEÑO, FRANCISCO; "El régimen urbanístico del suelo en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo", en *RDU* Enero-Febrero 1991.

PEREZ ALVAREZ, MIGUEL ANGEL; *"Interpretación y Jurisprudencia. Estudio del Art. 3.1 del Código Civil"*. Ed. Aranzadi, Pamplona 1994.

- *"Realidad social y jurisprudencia"*, segundo ejercicio presentado al concurso para la provisión de una Cátedra de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, 10 de Febrero 1995, que manejamos por cortesía del autor.

PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE; *"Comentarios a las Leyes Políticas Españolas"*, Art. 33, Tomo III (Arts 24 a 38) dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1983.

- *"Los derechos fundamentales"*. Ed. Tecnos, Madrid 1988.

- *"Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución"*, Ed. Tecnos, Madrid 1991.

PEREZ MORENO, ALFONSO; Prólogo a la obra de BARNES VAZQUEZ, JAVIER *"La propiedad constitucional y el estatuto del suelo agrario"*, Ed. Civitas, Sevilla 1988.

PEREZ ROYO, JAVIER; *"Las fuentes del Derecho"*, Ed. Tecnos, Madrid 1984.

- *"Curso de Derecho Constitucional"*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1994.

PEREZ SERRANO, NICOLAS; "La reforma de los regímenes jurídicos de la propiedad inmueble y de la sucesión intestada en Inglaterra. (Ley de 1922-1925)". *RDP*, Año XI, Noviembre de 1924.

- *"Tratado de Derecho Político"*, Ed. Cívitas, Madrid 1984.

PERLINGIERI, PIETRO; *"Profili istituzionali del Diritto Civile"*. Seconda Edizione riveduta e aggiornata. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1979.

- "Por un Derecho Civil constitucional español" en *ADC* Tomo 36 I 1983.

- *"Profili del Diritto Civile"*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1994.

PERPIÑA RODRIGUEZ, ANTONIO; *"La propiedad. Una crítica al dominiocentrismo"*. Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Balmes de Sociología. Madrid 1959.

PESET ROIG, MARIANO; *"Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra"*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1988.

PITARQUE, FELIPE; *"La cuestión social. Solución"*, Ed. Librería Casulleras, Barcelona 1949.

PIZZORUSSO, ALESSANDRO; *"Lecciones de Derecho Constitucional"*, Vol II. Trad. Javier Jimenez Campo. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984.

- *"Sistema istituzionale del Diritto Pubblico italiano"*, Ed. Jovene, Napoli 1988.

PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGE; *"Tratado práctico de Derecho Civil Francés"*. Trad. Díaz Cruz, Tomo III. Los bienes. Ed. Cultural, Habana 1946.

PONS GONZALEZ, MANUEL y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ANGEL; *"Título Preliminar del Código Civil"*. Concordancias. Comentarios y jurisprudencia. Ed. Comares, Granada 1990.

PORTALIS, JEAN ETIENNE MARIE; "Discours Préliminaire", (Conseil d'Etat), en *"Naissance du Code Civil. An VIII-an XII-1800-1804"*. Préface de François Ewald. Ed. Flammarion, Paris 1989.

- "L'âme universelle de la législation". (Corps Législatif), en la misma obra.

POUGHON, JEAN-MICHEL; *"Que sais-je? Le Code Civil"*, Ed. Presses Universitaires, Paris, 1992.

POZZO, BARBARA; "Eigentum" en AA.VV. *"Property, Proprietè, Proprietà"*. Corso di Diritto Comparato raccolti da Guido Alpa. Ed. Cedam, Milano 1992.



PRADOS DE REYES, FRANCISCO JAVIER y VIDA SORIA, JOSE; "La participación social en el texto de la Constitución", "Comentario al Art. 129 CE", en *"Comentarios a las Leyes Políticas"*. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Tomo X (Artículos 128 a 142), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1985.

PREDIERI, ALBERTO; "Régimen económico y social en la Constitución italiana", en AA.VV. *"Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las Constituciones Occidentales"*, Ed. Centro de Estudios y Comunicación Económica. Madrid 1977.

- "El sistema de las fuentes del Derecho", en AA.VV. *"La Constitución española de 1978"*. Estudio sistemático dirigido por los Profs. Alberto Predieri y E. García de Enterría. Ed. Cívitas, Madrid 1984.

PREUSS, ULRICH K; "El concepto de los derechos y el Estado de Bienestar. En AA.VV. *"Problemas de legitimación en el Estado Social"*, dirigida por E. Olivas, Ed. Trotta, Madrid 1991.

PRIETO SANCHIS, LUIS; "El sistema de protección de los derechos fundamentales. El Artículo 53 de la Constitución española", en *ADH*, núm 2, Marzo 1983.

- *"Comentarios a las Leyes Políticas"*, Tomo VI, Art. 53 CE, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1984.

PUGLIATTI, SALVATORE; *"La proprietà nel nuovo Diritto"*. Ed. Giuffré, Milano 1964.

PUIG BRUTAU, JOSE; *"Fundamentos de Derecho Civil"*. Tomo III, Vol. I. El dererecho real. La posesión. La propiedad y sus límites. Adquisición y pérdida. Ejercicio de acciones. Ed. Bosch, Barcelona 1971.

PUIG REBOLLO, MANUEL; "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", en *RAP*, núm. 125, Mayo-Agosto 1991.

PUY MUÑOZ, FRANCISCO; *"Los derechos humanos"*, Vol I. Derechos económicos, sociales y culturales. Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1985.

RAISER, LUDWIG; *"Il compito del Diritto Privato"*. Ed. Giuffré, Milano 1990.

RENNER, KARL; *"Gli istituti del Diritto Privato e la loro funzione sociale"*, Ed. Il Mulino, Bologna 1981.

RESCIGNO, PIETRO; "L'abuso del diritto". *Riv. Dir. Civ.*, Anno XI 1965, Parte Prima.

- "Per un studio sulla proprietà", *Riv. Dir. Civ.* anno XVIII 1972 Parte Prima.

- *"Manuale del Diritto Privato Italiano"*. Ed. Jovene, Napoli 1981.

- Voz "Proprietá", in *Enciclopedia del Diritto*, Ed. Giuffré, Milano 1988.

- "*Persona e comunità*". Saggi di Diritto Privato. Tomo I. Ed. Cedam. Padova 1991.

REY MARTINEZ, FERNANDO; "*La propiedad privada en la Constitución española*", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994.

RIPERT, GEORGE; "*Aspects juridiques du Capitalisme moderne*", Ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París 1946.

- "*Le Regime Democratique et le Droit Civil moderne*", 2ª Ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. Paris 1948.

- "*Le declin du droit*", Ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris 1949.

RISCI, FRANCESCO; "*Derecho Civil teórico y práctico*". Ed. de la España Moderna, Madrid Tomo V, Vol. I.

RITTER, GERHARD; "*El Estado Social, su origen y su desarrollo en una comparación internacional*". Ed. Centro de publicaciones del Mº de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1991.

RIVERO HERNANDEZ, FRANCISCO; "Idea general de la propiedad en la etapa precodicial", en AA.VV. "*Centenario del Código Civil*" Tomo II. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1990.

ROCA GUILLAMON, JUAN; "Codificación y crisis del Derecho Civil", en AA.VV. "*Centenario del Código Civil*" Tomo II. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1990.

RODOTA, STEFANO; "Note critiche in tema di proprietà". *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* Anno XIV 1960. 1323.

- "Proprietá. Diritto Vigente", in *Novissimo Digesto Italiano*. Diretto da A. Zara e E. Eula. Tomo XIV. Ed. Utet, Torino 1967.

- "Introduzione", en "*Il Diritto Privato nella società moderna*". Saggi a cura di S. Rodotá. Ed. Il Mulino, Bologna 1971.

- "Ipotesi sul Diritto Privato", en "*Il Diritto Privato nella società moderna*". Saggi a cura di S. Rodotá, Ed. Il Mulino, Bologna 1971.

- "Poteri dei privati e disciplina de la proprietà", in "*Il Diritto Privato nella società moderna*". Saggi a cura di S. Rodotá. Ed. Il Mulino. Bologna 1971.

- "*Commentario della Costituzione*", a cura di G. Branca. Rapporti economici. Tomo II, Arts. 41-44. Ed. Zanichelli, Bologna 1982.

- *"El terrible derecho. Estudios sobre propiedad privada"*. Ed. Cívitas. Trad. Díez Picazo. Madrid 1986.

- "Intorno alla proprietà. Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi", in AA.VV. *"La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi. Tra crisi dogmatica e riforme legislative"*. Ed. Cedam, Padova 1991.

RODRIGUEZ OLIVER, JOSE MARIA; "La consagración constitucional del principio de legalidad como límite para las normas aprobadas por la Administración", en AA.VV. *"La Constitución española y las fuentes del Derecho"*, Vol. III, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979.

ROJO, LUIS ANGEL; "Interdependencia y desarrollo". Ponencia presentada en la VI Sesión Plenaria del VII Congreso Mundial de Economía, Madrid 5 a 9 de Septiembre de 1983. Ed. Ilustre Colegio de Economistas de Madrid, en AA.VV. *"Lecturas de historia económica"*, Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1983.

ROMAGNOLI, EMILIO; "Il sistema della proprietà fondiaria in Italia". *Riv. Dir. Agr.* Anno LXVII, 1988.

ROMANO, SALVATORE; Voz "Abuso del diritto. Diritto attuale", en *Enciclopedia del Diritto*. Tomo I. Ed. Giuffrè, Milano 1958.

- "Sulla nozione di proprietà", en *"Scritti minori"*, Tomo II. Ed. Giuffrè, Milano 1980.

ROMERO GOMEZ, FEDERICO; "El respeto del contenido esencial de la propiedad urbana en el nuevo régimen urbanístico: Criterios para el control jurisdiccional de la técnica del aprovechamiento tipo", en *RDU*, Marzo-Abril de 1994.

ROTONDI, MARIO; "L'abuso di diritto". Capo I. Concetto di abuso e sua genesi. *Riv. Dir. Civ.*, anno XV, 1923.

- *"Instituciones de Derecho Privado"*, Ed. Labor, Barcelona 1953.

ROVERSI MONACO, FABIO; "Breves consideraciones sobre el Gobierno y la Administración en la Constitución española", en AA.VV. *"La Constitución española de 1978"*. Estudio sistemático dirigido por los Profs. Alberto Predieri y E. García de Enterría. Ed. Cívitas, Madrid 1984.

RUBINO, DOMENICO; "Modernas tendencias sobre los límites a la propiedad privada en Italia", en *RDP XXXII*, núm. 372, Marzo 1948.

RUBIO LARA, JOSEFA; *"La formación del Estado Social"*. Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid 1991.

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO; "La Constitución como fuente del Derecho", en AA.VV. *"La Constitución y las fuentes del Derecho"*, Vol I. Ed. Instituto de Estudios

Fiscales, Madrid 1979.

- "Rango de Ley, fuerza de Ley, valor de Ley", en *RAP*, Enero-Diciembre 1983, núm. 100-102, Vol I.

- Prólogo a la obra de ENRIQUE ALONSO GARCIA *"La interpretación de la Constitución"*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984.

- "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en *REDC* núm. 31 Ene-Ab 1991.

RUGGIERO, ROBERTO DE; *"Instituciones de Derecho Civil"*. Tomo I. Introducción y Parte General. Derecho de las personas, derechos reales y posesión. Ed. Reus. Trad. de R. Serrano y J. Santa-Cruz. Madrid 1979.

RUIPEREZ ALAMILLO, JAVIER; *"La Constitución como norma jurídica"*. Trabajo inédito que manejamos por cortesía del autor.

RUIZ-JIMENEZ, JOAQUIN; *"La propiedad, sus problemas y su función social"*. Vol. II, Ed. Anaya, Salamanca-Madrid 1962.

RUIZ-RICO RUIZ, JOSE MANUEL; "Comentario parcial a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de Marzo de 1987 sobre la Ley de Reforma Agraria para Andalucía", en AA.VV. *"Competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil"*. Estudios dirigidos por Moreno Quesada. Ed. Tecnos, Madrid 1989.

SALARIS, FERNANDO; "Sulla metamorfosi del proprietá agricola", in *Riv. Dir. Agr.* anno LII, 1973.

SALDANHA, NELSON; "O pensamento constitucional e a teoría política no século XIX". En *"Libro homenaje a M. García Pelayo"*. Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas 1980.

SALVADOR CODERCH, PABLO; *"Comentarios al Código Civil"*, Art. 3.1, Vol I, Ed. Secretaría General Técnica de Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid 1991.

SALVIOLI, GIUSEPPE; *"El Derecho Civil y el proletariado"*. Ed. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla. Trad. esp. y prólogo de Bartolomé Clavero, Sevilla, 1979.

SAMUELSON, PAUL A; "La función económica del Estado", en AA.VV. *"Lecturas de Economía"*. Ed. Universidad Pontifica Comillas. Madrid 1981.

- *"Economía"*. Ed. McGraw-Hill, Madrid 1990.

SANCHEZ GONZALEZ, SANTIAGO y MELLADO PRADO, PILAR; *"Fundamentos de Derecho Político"*. Ed Uned, Madrid 1993.

SANDULLI, ALDO M; "Profili costituzionali della proprietà privata", en *"Scritti Giuridici. Diritto Costituzionale"*. Vol. II. Jovene Editore, Napoli 1990.

SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO; *"Fundamentos de Derecho Administrativo"*, Vol I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988.

SANTORO PASSARELLI, FRANCESCO; "Proprietà e lavoro in agricoltura", en *Iustitia*, Roma 1953.

- *"Doctrinas generales del Derecho Civil"*. Ed. Revista de Derecho Privado. Trad. de Agustín Luna Serrano. Madrid 1964.

- "Proprietà privata e Costituzione", en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* Anno XXVI 1979.

SANTOS BRIZ, JAIME; *"Derecho Económico y Derecho Civil"*, Ed. Edersa, Madrid 1963.

- "La aplicación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código Civil", en AA.VV. *"Libro homenaje a Ramón M<sup>a</sup> Roca Sastre"*. Vol I, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales. Madrid 1976.

SAVATIER, RENE; *"Droit Privé et Droit Public"* Ed. Dalloz, Paris 1946.

- *"Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Privé d'aujourd'hui"*, Ed. Dalloz, Paris 1964.

SCALFI, GIANGUIDO; *"Manuale di Diritto Privato"*. Tomo I. Parte Generale, Seconda Edizione. Utet, Torino 1991.

- *"Manuale di Diritto Privato"*. Tomo II. La proprietà. Le obbligazioni. L'impresa. Segunda edición. Utet, Torino 1991.

SCIACCA; "Concepto de propiedad", *REP.* Sept-Oct. 1954.

SCHMITT, CARL; *"Teoría de la Constitución"*. Alianza Editorial. Madrid 1982

SCHNEIDER, HANS PETER; *"Democracia y Constitución"*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.

SIERRA BRAVO, RESTITUTO; *"La propiedad privada en la doctrina social de la Iglesia"*. Ed. Consejo Superior de investigaciones Científicas. Instituto "Balmes" de Sociología. Madrid 1967.

SOLARI, GIOELE; *"Socialismo e Diritto Privato. (Influenza delle odierne dottrine socialiste sul Diritto Privato)"*. Ed. Giuffrè, Milano 1980.

SOLDEVILLA Y VILLAR, ANTONIO; *"Derecho Agrario. Lecciones para un curso"*. Vol II. Parte Especial 1<sup>a</sup>. Edita el propio autor, Valladolid 1992.

SORIANO GARCIA, JOSE EUGENIO; "Las facultades dominicales en la tercera Ley del Suelo", en AA.VV. *"Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo"*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid 1991.

STEIN, EKKEHART; *"Derecho Político"*. Trad. de F. Sainz Moreno. Ed. Aguilar, Madrid 1973.

STERN, KLAUS; *"Derecho del Estado de la República Federal Alemana"*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1987.

- "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", en *RCEC*, núm. 1, Septiembre-Diciembre 1988.

SUAREZ, FERNANDO; "Los derechos sociales en las Constituciones". En AA.VV. *"Constitución y Economía"*. Ed. Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid 1977.

SUSTAETA ELUSTIZA, ANGEL; *"Propiedad y urbanismo. Lo urbanístico como límite del derecho de propiedad"*. Ed. Montecorvo, Madrid 1978.

TABET, ANDREA y OTTOLENGHI, OTTO; "La proprietà", in *"Giurisprudenza sistematica Civile e Commerciale"*, diretta da Walter Bigiavi, Ed. Utet, Torino 1968.

TAMPONI, MICHELE; *"Una proprietà speciale. Lo statuto dei beni forestali"*, Ed. Cedam, Padova 1983.

TARELLO, GIOVANNI; *"Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del Diritto"*, Ed. Il Mulino, Bologna 1976.

TERRE, FRANCOIS y SIMLER, PHILIPPE; *"Droit Civil. Les biens"*. 4ª Edición. Dalloz, Paris 1992.

TOMAS Y VALIENTE, FRANCISCO; "Planteamientos políticos de la legislación desamortizadora". *RCDI*, 1969.

TORNOS MAS JOAQUIN; "La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", en *RAP*, núms. 100-102, Vol I, Enero- Diciembre 1983.

TORRALBA SORIANO, ORENCIO VICENTE; "El Derecho Civil desde la Codificación hasta el tiempo presente", en *RGLJ* Septiembre-Octubre 1975.

- *"Lecciones de Derecho Civil"*. Vol I. Ed. Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona 1984.

TRABUCCHI, ALBERTO; *"Istituzioni di Diritto Civile"*, Ed. Cedam, Padova 1993.

URIA, RODRIGO; *"Derecho Mercantil"*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1990.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN BERCHAMS; "Fundamento, función social y limitaciones de la propiedad privada" en *"Estudios sobre derecho de cosas"*, Vol I, Ed. Montecorvo, Madrid 1985.

VAN GESTEL, C; *"La Iglesia y el problema social"*. Trad. de J. M<sup>a</sup> Vázquez. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1963.

VANOSSI, JORGE REINALDO; *"El Estado de Derecho en el constitucionalismo social"*, Ed. Eudeba, Buenos Aires 1987.

VAREILLES-SOMMIERES, MARQUIS DE; "La définition et la notion juridique de la propriété". *Rev. Trim. Droit Civ.*, IV Anné 1905.

VASSALLI, FILIPPO; "Il diritto di proprietà". *Relazione al Primo Congresso Giuridico italiano*, in Atti a cura del Sindicato Nazionale Fascista avvocati e procuratori. Vol. I, 1933. Publicado en "Studi Giuridici". Soc. Editora del Foro italiano, Roma 1939.

VATTIER FUENZALIDA, CARLOS; "Propiedad privada y régimen del suelo", en *RCDI*, año LXVIII, Noviembre-Diciembre, núm. 613.

VEGA GARCIA, PEDRO DE; "Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español", en *Revista de Política Comparada*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, n<sup>o</sup> 10-11, Madrid 1984.

- "Significación de la representación política". *REP*, Nueva época, n<sup>o</sup> 44, 1985.

- *"La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente"*, Ed. Tecnos, Madrid 1985.

- "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social" En AA.VV. *"Derecho y Economía en el Estado social"*. Ed. Tecnos. Madrid 1988.

VICENT CHULIA, FRANCISCO; *"Compendio crítico de Derecho Mercantil"*. 3<sup>a</sup> Ed. Tomo I, Vol. I. Comerciantes, Sociedades, Derecho Industrial. Ed. Bosch, Barcelona 1991.

VILAS NOGUEIRA, JOSE; "Los valores superiores del ordenamiento jurídico", *REDC*, núm. 12, Septiembre-Diciembre 1984.

VILLACORTA MANCEBO, LUIS; "Aspectos de la reserva de ley en el sistema constitucional español", en AA.VV. *"Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez"*. Tomo I. Derecho Público. Ed. Universidad de Cantabria. Facultad de Derecho 1993.

VILLAR PALASI, JOSE LUIS y VILLAR EZCURRA, JOSE LUIS; *"Principios de Derecho Administrativo"*. Tomo I. Concepto y fuentes. Ed. Universidad Complutense. Madrid 1987.

VITA, ANNA DE; "Intervención en el Congreso de Camerino", actas de las sesiones publicadas bajo el título *"Crisi dello Stato Sociale e contenuto minimo della proprietà"*. Atti del Convegno. Camerino 27-28 Maggio 1982. Ed. Università degli Studi di Camerino, Napoli 1983.

VIVER-PI SUNYER, CARLOS; *"Constitución. Conocimiento del ordenamiento constitucional"*, Ed. Vicens-Vives.

VON STEIN, LORENZ; *"Movimientos sociales y monarquía"*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1981.

VOZ "PROPRIETA"; *"Enciclopedia del Diritto e dell'Economia Garzanti"*. Ed. Garzanti, Roma 1988.

WIETHOLTER, RUDOLF; *"Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica"*, Ed. Revista de Derecho Privado, Traducción de M. Angel Extremoz, Madrid 1991.

WINDSCHEID, BERNHARD; *"Tratado de Derecho Civil alemán"*. Tomo I, Vol I. Trad. de Fernando Hinestrosa. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1987.

WOLFF, MARTIN; *"Tratado de Derecho Civil"*, ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Tomo 3º, Vol 1º, Derecho de cosas. Trad. y notas de Pérez Gonzáles y J. Alguer. Ed. Bosch, Barcelona 1951.

- *"Derecho de Cosas"*. Vol I. Posesión-Derecho Inmobiliario. Propiedad. Trad y notas de Pérez González y J. Alguer. Ed. Bosch, Barcelona 1971

XIFRA HERAS, JORDI; "La jurisdicción en la Constitución de 1978", en AA.VV. *"El Poder Judicial"*, Vol III, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO; "Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales; el Tribunal Constitucional italiano", en L. Favoreu (Ed.) *"Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales"*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984.

- *"Manuale di Diritto Costituzionale"*, Ed. UTET, Torino, 1987.

ZENATI, FREDERIC; "Pour una rénovation de la théorie de la propriété", en *Rev. Trim. Droit. Civ.*, nº2 avril-juin 1993.

- *"Les biens"*. Ed. Presses Universitaires de France. Paris 1988.



**INDICE CRONOLOGICO DE SENTENCIAS ESPAÑOLAS  
CITADAS**

## 1. TRIBUNAL SUPREMO.

- 4 de Marzo de 1933 (Civil) RJA 1525
- 21 de Noviembre de 1934 (Civil) RJA 1833
- 26 de Enero de 1942 (Civil) RJA 19
- 1 de Febrero de 1944 (Civil) RJA 224
- 20 de Marzo de 1945 (Civil) RJA 284
- 23 de Marzo de 1961 (Civil) RJA 1221
- 7 de Marzo de 1962 (Civil) RJA 1354
- 29 de Enero de 1964 (Civil) RJA 393
- 28 de Octubre de 1964 (Civil) RJA 4862
- 2 Enero 1980 (Civil) RJA 17
- 7 Marzo 1980 (Cont-Adm) RJA 2101
- 20 Marzo 1980 (Cont-Adm) RJA 2252
- 21 Abril 1980 (Cont-Adm) RJA 2578
- 4 Junio 1980 (Cont-Adm) RJA 3143
- 12 Junio 1980 (Cont-Adm) RJA 3182
- 22 Junio 1980 (Cont-Adm) RJA 2949
- 26 Septiembre 1980 (Cont-Adm) RJA 3456)
- 29 Septiembre 1980 (Cont-Adm) RJA 3463
- 7 Octubre 1980 (Cont-Adm) RJA. 5116
- 30 Octubre 1980 (Cont-Adm) RJA 3997
- 16 Enero 1981 (Cont-Adm) RJA 176
- 20 Enero 1981 (Cont-Adm) RJA 180
- 10 Febrero 1981 (Cont-Adm) RJA 1065
- 21 Febrero 1981 (Cont-Adm) RJA 1147
- 5 Mayo 1981 (Cont-Adm) RJA 2023
- 25 Mayo 1981 (Cont-Adm) RJA 2147
- 28 Mayo 1981 (Cont-Adm) RJA 2178
- 29 Mayo 1981 (Cont-Adm) RJA 2309
- 22 Junio 1981 (Cont-Adm) RJA 2728
- 30 Junio 1981 (Cont-Adm) RJA 2783
- 30 Septiembre 1981 (Cont-Adm) RJA 5023
- 13 Octubre 1981 (Cont-Adm) RJA 4148
- 22 Octubre 1981 (Cont-Adm) RJA 4621
- 18 Noviembre 1981 (Cont-Adm) RJA 5182
- 27 Enero 1982 (Cont-Adm) RJA 364
- 1 Febrero 1982 (Cont-Adm) RJA 773
- 2 Febrero 1982 (Cont-Adm) RJA 535
- 22 Febrero 1982 (Cont-Adm) RJA 617
- 26 Febrero 1982 (Cont-Adm) RJA 1640
- 11 Mayo 1982 (Cont-Adm) RJA 3164
- 28 Mayo 1982 (Cont-Adm) RJA 4157
- 21 Septiembre 1982 (Cont-Adm) RJA 5472
- 19 Octubre 1982 (Cont-Adm) RJA 6404
- 29 Octubre 1982 (Cont-Adm) RJA 6453

- 21 Diciembre 1982 (Cont-Adm) RJA 8056
- 21 Enero 1983 (Cont-Adm) RJA 278
- 25 Enero 1983 (Cont-Adm) RJA 309
- 28 Febrero 1983 (Civil) RJA 1083
- 21 Marzo 1983 (Cont-Adm) RJA 1558
- 7 Abril 1983 (Cont-Adm) RJA 2082
- 20 Abril 1983 (Cont-Adm) RJA 5694
- 4 Mayo 1983 (Cont-Adm) RJA 2882
- 9 Mayo 1983 (Cont-Adm) RJA 2905
- 22 Julio 1983 (Cont-Adm) RJA 4089
- 17 Septiembre 1983 (Cont-Adm) RJA 4512
- 20 Septiembre 1983 (Cont-Adm) RJA 5279
- 25 Noviembre 1983 (Cont-Adm) RJA 6093
- 21 Diciembre 1983 (Cont-Adm) RJA 6358
- 18 Enero 1984 (Cont-Adm) RJA 133
- 10 Abril 1984 (Cont-Adm) RJA 1987
- 8 Junio 1984 (Con-Adm) RJA 3455
- 29 Junio 1984 (Cont-Adm) RJA 4918
- 11 Julio 1984 (Cont-Adm) RJA 4090
- 19 Julio 1984 (Cont-Adm) RJA 4246
- 20 Septiembre 1984 (Cont-Adm) RJA 4569
- 11 Diciembre 1984 (Cont-Adm) RJA 6673
- 26 Diciembre 1984 (Cont-Adm) RJA 6729
- 11 Febrero 1985 (Cont-Adm) RJA 483
- 27 Marzo 1985 (Cont-Adm) RJA 1668
- 23 Mayo 1985 (Cont-Adm) RJA 4121
- 13 Julio 1985 (Civil) RJA 4052
- 7 Octubre 1985 (Cont-Adm) RJA 5296
- 24 Octubre 1985 (Cont-Adm) RJA 5320
- 16 Diciembre 1985 (Cont-Adm) RJA 655
- 9 Abril 1986 (Cont-Adm) RJA 1738
- 7 Junio 1986 (Cont-Adm) RJA 4720
- 16 Junio 1986 (Cont-Adm) RJA 4731
- 25 Junio 1986 (Cont-Adm) RJA 4889
- 2 Julio 1986 (Cont-Adm) RJA 6838
- 7 Julio 1986 (Cont-Adm) RJA 4194
- 23 Julio 1986 (Cont-Adm) RJA 5561
- 23 Julio 1986 (Cont-Adm) RJA 5562
- 24 Septiembre 1986 (Cont-Adm) RJA 5980
- 3 Octubre 1986 (Cont-Adm) RJA 5662
- 15 Octubre 1986 (Cont-Adm) RJA 5688
- 22 Octubre 1986 (Cont-Adm) RJA 6626)
- 12 Noviembre 1986 (Cont-Adm) RJA 8071
- 13 Noviembre 1986 (Cont-Adm) RJA 8073
- 27 Noviembre 1986 (Cont-Adm) RJA 7093
- 10 Diciembre 1986 (Cont-Adm) RJA 1029
- 9 Diciembre 1986 (Cont-Adm) RJA 1023

- 18 Diciembre 1986 (Cont-Adm) RJA 7477
- 20 Enero 1987 (Cont-Adm) RJA 2733
- 26 Enero 1987 (Cont-Adm) RJA 269
- 2 Febrero 1987 (Cont-Adm) RJA 2043
- 7 Febrero 1987 (Cont-Adm) RJA 2750
- 12 de Mayo de 1987 (Cont-Adm) RJA 3981
- 12 Mayo 1987 (Cont-Adm) RJA 5255
- 20 Mayo 1987 (Cont-Adm) RJA 5827
- 1 Junio 1987 (Cont-Adm) RJA 3980
- 15 de Junio de 1987 RJA 6130
- 27 Julio 1987 (Cont-Adm) RJA 7685
- 22 Septiembre 1987 (Cont-Adm) RJA 7746
- 30 Septiembre 1987 (Cont-Adm) RJA 6185
- 28 Octubre 1987 (Cont-Adm) RJA 9194
- 7 Noviembre 1987 (Cont-Adm) RJA 8780
- 18 Noviembre 1987 (Cont-Adm) RJA 9237
- 27 Noviembre 1987 (Cont-Adm) RJA 9325
- 17 Diciembre 1987 (Civil) RJA 9422
- 14 Enero 1988 (Cont-Adm) RJA 277
- 15 Enero 1988 (Cont-Adm) RJA 80
- 16 Enero 1988 (Cont-Adm) RJA 81
- 19 Enero 1988 (Con-Adm) RJA 85
- 22 Enero 1988 (Cont-Adm) RJA 330
- 10 Marzo 1988 (Cont-Adm) RJA 2257
- 14 Marzo 1988 (Cont-Adm) RJA 2164
- 29 Marzo 1988 (Cont-Adm) RJA 1738
- 13 Mayo 1988 (Cont-Adm) RJA 3852
- 17 Mayo 1988 (Cont-Adm) RJA 3895
- 19 Mayo 1988 (Cont-Adm) RJA 3898
- 20 Mayo 1988 (Cont-Adm) RJA 3900
- 10 Junio 1988 (Cont-Adm) RJA 4865
- 13 Junio 1988 (Cont-Adm) RJA 4893
- 18 Julio de 1988 (Cont-Adm) RJA 6082
- 26 Julio 1988 (Cont-Adm) RJA 6049
- 9 Septiembre 1988 (Cont-Adm) RJA 7006
- 12 Septiembre 1988 (Cont-Adm) RJA 7008
- 12 Septiembre 1988 (Cont-Adm) RJA 7009
- 12 Septiembre 1988 (Cont-Adm) RJA 6613
- 14 Septiembre 1988 (Cont-Adm) RJA 7009
- 3 Octubre 1988 (Cont-Adm) RJA 7421
- 3 Octubre 1988 (Cont-Adm) RJA 7422
- 7 Octubre 1988 (Cont-Adm) RJA 7579
- 17 Octubre 1988 (Cont-Adm) RJA 7760
- 17 Octubre 1988 (Cont-Adm) RJA 7848
- 31 Octubre 1988 (Cont-Adm) RJA 8342
- 7 Noviembre 1988 (Cont-Adm) RJA 8783
- 20 Febrero 1989 (Cont-Adm) RJA 1281

- 2 Marzo 1989 (Cont-Adm) RJA 1714
- 20 Marzo 1989 (Cont-Adm) RJA 2240
- 31 Mayo 1989 (Cont-Adm) RJA 4116
- 17 Junio 1989 (Cont-Adm) RJA 4730
- 17 Junio 1989 (Cont-Adm) RJA 4732
- 18 Septiembre 1989 (Cont-Adm) RJA 6344
- 29 Noviembre 1989 (Cont-Adm) RJA 8371)
- 2 Febrero 1990 (Cont-Adm) RJA 967
- 12 Marzo 1990 (Cont-Adm) RJA 2520
- 10 Abril 1990 (Cont-Adm) RJA 3593
- 9 Mayo 1990 (Cont-Adm) RJA 6389
- 16 Mayo 1990 (Cont-Adm) RJA 4230
- 13 Julio 1990 RJA 6034
- 18 Octubre 1990 (Cont-Adm) RJA 7968
- 20 Octubre 1990 (Cont-Adm) RJA 7970
- 28 Noviembre 1990 (Cont-Adm) RJA 9307
- 3 Enero 1991 (Cont-Adm) RJA 495
- 30 Enero 1991 (Cont-Adm) RJA 615
- 30 Enero 1991 (Cont-Adm) RJA 616
- 5 Febrero 1991 (Cont-Adm) RJA 767
- 12 Febrero 1991 (Cont-Adm) RJA 948
- 13 Febrero 1991 (Cont-Adm) RJA 955
- 28 Febrero 1991 (Cont-Adm) RJA 1490
- 5 Marzo 1991 (Civil) RJA 1718
- 11 Marzo 1991 (Cont-Adm) RJA 1982
- 15 Marzo 1991 (Cont-Adm) RJA 2238
- 27 Marzo 1991 (Cont-Adm) RJA 2226
- 27 Marzo 1991 (Cont-Adm) RJA 5647
- 17 Abril 1991 (Cont-Adm) RJA 3412
- 22 Mayo 1991 (Cont-Adm) RJA 4286
- 10 Junio 1991 (Cont-Adm) RJA 4871
- 14 Junio 1991 (Cto-Adm) RJA 5005
- 19 Junio 1991 (Cont-Adm) RJA 5267
- 31 Julio 1991 (Cont-Adm) RJA 6715
- 9 Septiembre 1991 (Cont-Adm) RJA 6816
- 26 Septiembre 1991 (Cont-Adm) RJA 7582
- 2 Octubre 1991 (Cont-Adm) RJA 7788
- 21 Octubre 1991 (Cont-Adm) RJA 8374
- 7 Noviembre 1991 (Cont-Adm) RJA 8803
- 7 Noviembre 1991 (Cont-Adm) RJA 8805
- 26 Noviembre 1991 (Cont-Adm) RJA 8650
- 24 Diciembre 1991 (Cont-Adm) RJA 371
- 29 Enero 1992 (Cont-Adm) RJA 2239
- 26 Febrero 1992 (Cont-Adm) RJA 3018
- 17 Marzo 1992 (Cont-Adm) RJA 3279
- 24 Marzo 1992 (Cont-Adm) RJA 3385
- 30 Marzo 1992 (Cont-Adm) RJA 3236

- 15 Abril 1992 (Cont-Adm) RJA 4049
- 20 Mayo 1992 (Cont-Adm) RJA 4286
- 23 Junio 1992 (Cont-Adm) RJA 5312
- 24 Junio 1992 (Cont-Adm) RJA 5527
- 3 Septiembre 1992 (Cont-Adm) RJA 6951
- 16 Noviembre 1992 (Cont-Adm) RJA 8939
- 15 Diciembre 1992 (Civil) RJA 10494
- 22 Diciembre 1992 (Cont-Adm) RJA 10411
- 26 Enero 1993 (Cont-Adm) RJA 229
- 15 Marzo 1991 (Cont-Adm) RJA 1689
- 22 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1811
- 22 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1812
- 22 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1908
- 22 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1909
- 23 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1910
- 23 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1911
- 25 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1916
- 29 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1920
- 29 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1921
- 29 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1922
- 29 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1970
- 30 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1972
- 30 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1973
- 30 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1974
- 31 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1983
- 31 Marzo 1993 (Cont-Adm) RJA 1984
- 2 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2678
- 5 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2684
- 5 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2685
- 5 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2686
- 5 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2687
- 6 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2690
- 6 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2691
- 6 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2692
- 7 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2694
- 7 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2695
- 7 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2696
- 16 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2716
- 16 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2717
- 16 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2718
- 19 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2719
- 19 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2720
- 19 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2721
- 19 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2722
- 19 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2723
- 20 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2724
- 20 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2725

- 20 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2726
- 20 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2727
- 20 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2728
- 21 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2729
- 22 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2730
- 26 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2768
- 26 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2771
- 26 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2772
- 28 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2775
- 29 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2778
- 30 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2779
- 30 Abril 1993 (Cont-Adm) RJA 2780
- 3 Mayo 1993 (Cont-Adm) RJA 3699
- 3 Mayo 1993 (Cont-Adm) RJA 3670
- 4 Mayo 1993 (Cont-Adm) RJA 3701
- 10 Mayo 1993 (Cont-Adm) RJA 3710
- 10 Mayo 1993 (Cont-Adm) RJA 3711
- 11 Mayo 1993 (Cont-Adm) RJA 3714
- 11 Mayo 1993 (Cont-Adm) RJA 3715
- 14 Mayo 1993 (Cont-Adm) RJA 3750
- 15 Noviembre 1993 (Cont-Adm) RJA 8204
- 4 Junio 1993 (Civil) RJA 5261
- 12 Julio 1994 (Cont-Adm) RJA 5538
- 19 Julio 1993 (Cont-Adm) RJA 5594
- 14 Febrero 1994 (Cont-Adm) RJA 2411
- 1 Marzo 1994 (Civil) RJA 1633
- 10 Mayo 1994 (Cont-Adm) RJA 3803
- 17 Mayo 1994 (Cont-Adm) RJA 3845
- 17 Mayo 1994 (Cont-Adm) RJA 3846
- 24 Mayo 1994 (Cont-Adm) RJA 3874
- 31 Mayo (Cont-Adm) RJA 3885
- 1 Junio 1994 (Cont- Adm) RJA 5122
- 6 Junio 1994 (Cont-Adm) RJA 5145
- 28 Junio 1994 (Cont-Adm) RJA 5270
- 18 Julio 1994 (Cont-Adm) RJA 6069
- 19 Julio 1994 (Cont-Adm) RJA 6075
- 22 Julio 1994 (Cont-Adm) RJA 5857
- 28 Octubre 1994 (Cont-Adm) RJA 8092

## 2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

- 4/1981 de 2 de Febrero
- 5/1981 de 13 de Febrero
- 9/1981 de 31 de Marzo
- 10/1981 de 6 de Abril
- 11/1981 de 8 de Abril
- 22/1981 de 2 de Julio
- 23/1981 de 10 de Julio
- 27/1981 de 20 de Julio
- 29/1981 de 24 de Julio
- 32/1981 de 28 de Julio
- 34/1981 de 10 de Noviembre
- 37/1981 de 16 de Noviembre
- 7/1982 de 26 de Febrero
- 15/1982 de 23 de Abril
- 16/1982 de 28 de Abril
- 19/1982 de 5 de Mayo
- 24/1982 de 13 de Mayo
- 29/1982 de 31 de Mayo
- 31/1982 de 3 de Junio
- 59/1982 de 28 de Junio
- 86/1982 de 23 de Diciembre
- 3/1983 de 25 de Enero
- 6/1983 de 4 de Febrero
- 8/1983 de 18 de Febrero
- 14/1983 de 28 de Febrero
- 38/1983 de 16 de Mayo
- 49/1983 de 1 de Junio
- 75/1983 de 3 de Agosto
- 76/1983 de 5 de Agosto
- 91/1983 de 7 de Noviembre
- 101/1983 de 18 de Noviembre
- 105/1983 de 23 de Noviembre
- 109/1983 de 29 de Noviembre
- 111/1983 de 2 de Diciembre
- 114/1983 de 6 de Diciembre
- 122/1983 de 16 de Diciembre.
- 6/1984 de 24 de Enero
- 18/1984 de 7 de Febrero
- 23/1984 de 20 de Febrero
- 25/1984 de 23 de Febrero
- 26/1984 de 24 de Febrero
- 43/1984 de 26 de Marzo
- 46/1984 de 28 de Marzo
- 58/1984 de 9 de Mayo
- 60/1984 de 16 de Mayo



- 72/1984 de 14 de Junio
- 78/1984 de 9 de Julio
- 83/1984 de 24 de Julio
- 93/1984 de 16 de Octubre
- 99/1984 de 5 de Noviembre
- 126/1984 de 26 de Diciembre
- 53/1985 de 11 de Abril
- 57/1985 de 29 de Abril
- 77/1985 de 27 de Junio
- 95/1985 de 29 de Julio
- 99/1985 de 30 de Septiembre
- 179/1985 de 19 de Diciembre
- 180/1985 de 19 de Diciembre
- 60/1986 de 20 de Mayo
- 76/1986 de 9 de Junio
- 107/1986 de 24 de Julio
- 108/1986 de 29 de Julio
- 140/1986 de 12 de Diciembre
- 166/1986 de 19 de Diciembre
- 19/1987 de 17 de Febrero
- 20/1987 de 19 de Febrero
- 26/1987 de 27 de Febrero
- 29/1987 de 6 de Marzo
- 30/1987 de 11 de Marzo
- 37/1987 de 26 de Marzo
- 84/1987 29 de Mayo
- 99/1987 de 11 de Junio
- 105/1987 de 22 de Junio
- 115/1987 de 7 de Julio
- 123/1987 de 15 de Julio
- 134/1987 de 21 de Julio
- 195/1987 de 10 de Diciembre
- 196/1987 de 11 de Diciembre
- 207/1987 de 22 de Diciembre
- 209/1987 de 22 de Diciembre
- 67/1988 de 18 de Abril
- 100/1988 de 7 de Junio
- 109/1988 de 8 de Junio
- 170/1988 de 29 de Septiembre
- 253/1988 de 20 de Diciembre
- 277/1988 de 29 de Noviembre
- 9/1989 de 23 de Enero
- 25/1989 de 3 de Febrero
- 39/1989 de 16 de Febrero
- 55/1989 de 23 de Febrero
- 68/1989 de 19 de Abril
- 90/1989 de 11 de Mayo

- 178/1989 de 2 de Noviembre
- 50/1991 de 11 de Marzo
- 216/1991 de 14 de Noviembre
- 28/1992 de 9 de Marzo
- 109/1993 de 25 de Marzo
- 177/1993 de 31 de Mayo
- 27 Mayo 1993 (R.A Civ. 176)
- 89/1994 de 17 de Marzo

### **3. AUDIENCIAS PROVINCIALES**

- AP de Madrid 6 Febrero 1993 (R.A.Civ. 141)
- AP Pontevedra 22 de Diciembre 1993 (R.A.Civ. 2420)
- AP Pontevedra 25 de Mayo de 1994 (R.A.Civ. 903)



UNIVERSIDADE DA CORUÑA  
Servicio de Bibliotecas



1700744288